



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

JURIDISKA INSTITUTIONEN

Standardavtalskollisioner

En oklar rättsfråga inom svensk avtalsrätt

Programmet för Juris kandidatexamen, Tillämpade studier 30 hp, HT2008

Av: David Karlsson, 810920-2914

Handledare: Ingmar Svensson

Innehållsförteckning

1	Inledning	4
2	Syfte, metod samt avgränsning.....	4
2.1	Syfte	4
2.2	Metod.....	5
2.3	Avgränsning.....	5
3	Bakgrund.....	6
3.1	The Battle of the Forms	6
3.2	Den praktiska dimensionen – om standardavtal och bruket av dessa.....	7
3.2.1	Om standardavtal och dess funktion.....	7
3.2.2	Inkorporation av standardavtal.....	8
3.2.3	Standardavtal i praktiken	11
3.3	Den teoretiska dimensionen – om avtalsbindning och avtalsinnehåll	12
4	Utformning av en lämplig lösningsmodell	14
4.1	Vilka ändamålsskäl bör få genomslag?	14
4.2	Konflikten mellan olika ändamålsskäl.....	15
4.3	Ändamålen bakom avtalsrätten	18
5	Presentation och analys av olika lösningsmodeller.....	19
5.1	Avtalslöst tillstånd.....	19
5.1.1	Ogiltighet	19
5.2	Klausulupplösning – en tänkbar utgångspunkt	20
5.3	En av parternas villkor vinner företräde	21
5.3.1	Modeller baserade på avtalslagens bindningsmodell.....	21
5.3.2	Skyddsklausuler.....	28
5.3.3	Modeller som tar hänsyn till avtalets karaktär.....	30
5.3.4	Fri tolkning och utfyllnad.....	32
5.4	Ingen part ges företräde	33
5.4.1	Tillämpning av dispositiv rätt.....	33
5.5	Sammanfattning	35
6	Komparativ utblick	37
6.1	Lex Mercatoria.....	37
6.1.1	UNIDROIT Principles	37

6.1.2	Principles of European Contract Law	38
6.2	England.....	39
6.2.1	Praxis	39
6.2.2	Doktrin	42
6.2.3	Sammanfattning.....	43
6.3	Tyskland	44
7	Analys	47
7.1	En lämplig lösning – förutsebarhet eller respekt för partsviljan?.....	47
8	Källor	51
8.1	Rättsfall.....	51
8.1.1	Högsta domstolen	51
8.1.2	Hovrätter	51
8.1.3	England	51
8.1.4	Tyskland.....	51
8.1.5	Österrike.....	52
8.2	Litteratur	52

1 Inledning

The Battle of the Forms är ett problem som orsakas av att standardvillkor med oförenligt innehåll har inkorporerats i ett avtal. Efter tidpunkten för avtalets fullgörelse uppstår en tvist mellan parterna, där båda parter yrkar på tillämpning av de egna villkoren, samtidigt som de är eniga om att bindande avtal ingåtts i och för sig.

Problemet är ett typexempel på en oklar rättsfråga i svensk rätt. Det saknas inte bara praxis på området utan även en dominerande uppfattning i doktrinen, detta trots att ämnet har behandlats av flera ledande civilrättsliga forskare.

Uppsatsen inleds med en översikt över problematiken, där frågan belyses ur såväl teoretisk som praktisk synvinkel. Genom att analysera såväl bruket av standardavtal, som den teoretiska bakgrunden till avtalstolkning presenteras orsakerna bakom problemet.

Följande avsnitt fokuserar på vilka krav som bör ställas på en lösningsmodell ur ett principiellt perspektiv. De ändamålsskäl som präglar den övriga svenska avtalsrätten bör få genomslag i en trovärdig lösningsmodell.

Därefter följer ett avsnitt där olika befintliga och tänkbara lösningsmodeller presenteras, liksom de slutsatser kring dessa som har redovisats i den svenska doktrinen, samt vilket stöd för de olika modellerna som kan finnas i praxis. En diskussion förs kring vilka för- och nackdelar dessa modeller besitter ur ett praktiskt och principiellt perspektiv, liksom vilka som kan anses förenliga med rättsläget. Följande avsnitt fokuserar på lösningar hämtade från utländska rättsordningar, samt de internationella civilrättskodifieringar som tillkommit på senare tid.

Uppsatsen avslutas med en analys av hur väl de tidigare presenterade lösningsmodellerna stämmer överrens med de ändamålsskäl och principer som tidigare presenterats, och huruvida vissa modeller är att föredra framför andra.

2 Syfte, metod samt avgränsning

2.1 Syfte

Denna uppsats söker klargöra problematiken kring *the Battle of the Forms* i svensk rätt. Uppsatsen skall redogöra för de lösningar som har presenterats i Sverige samt två andra rättsystem, samt presentera en prognos kring det svenska rättsläget. Uppsatsen innehåller även en diskussion kring vilka ändamålsskäl som bör få genomslag i en lämplig lösningsmodell, samt en analys kring huruvida vissa lösningsmodeller med hänsyn till dessa ändamålsskäl kan anses mer lämpade än andra. Huvudsyftet kan således sägas vara att finna en lösningsmodell som står i överensstämmelse med den övriga svenska avtalsrätten och de ändamålsskäl som bär upp denna.

2.2 Metod

De delar av uppsatsen som söker fastslå rättsläget är författade med hjälp av sedvanlig juridisk metod. Eftersom uppsatsen behandlar en oklar rättsfråga ger en analys av rättskällorna dock endast ett tillräckligt underlag för att kunna dra slutsatsen att rättsläget är oklart. Genom att behandla praxis som rör näraliggande frågeställningar kan dock stöd hämtas för att vissa lösningar kan anses som mer överrenstämmande med rättsläget än andra.

För att kunna ta del av modern praxis som berör ämnet för uppsatsen krävs att utländskt material beaktas. Den internationella utblicken behandlar två rättssystem, det engelska samt det tyska. Tanken med valet av dessa system är att de representerar två olika rättskulturer, där Tyskland prioriterat kodifiering och England en rättsutveckling genom domstolarnas försorg. De båda länderna har dessutom valt olika lösningar på problematiken med kolliderande standardavtal.

Sverige har historiskt en stark koppling till den tyska rätten, men svensk rätt kan på vissa plan sägas ligga även *common law* nära. Så är fallet åtminstone vad gäller rättsutvecklingen på det avtalsrättsliga området, där avtalslagen i många avseenden ger högst knapphändig information, och där utvecklingen snarare skett genom praxis och genom rättsvetenskapen.

2.3 Avgränsning

Viktiga delar av problematiken kring *the Battle of the Forms* är dels standardavtalens inkorporation med övrigt avtalsinnehåll och dels frågor som rör avtalstolkning, särskilt med inslag av subjektiva rekvisit, exempelvis culpamodellen.¹

Dessa frågor behandlas visserligen i uppsatsen, dock ej med det utrymme problemen egentligen förtjänar utan översiktligt, i de fall de kan ha relevans för en specifik lösningsmodell.

Huruvida standardavtal kan utgöra handelsbruk, och således binda parterna redan via köplagen 3 §, är en omdebatterad fråga som inte heller kan behandlas på det utrymme som står till förfogande.

Uppsatsen fokuserar på de fall där parterna har utbytt villkor utan att använda klart individualiserade viljeförklaringar. När olika lösningsmodeller presenteras kommer som huvudregel förutsättas att båda parter har genomfört en godtagbar hänvisning till sina respektive villkor, liksom att frågan inte kan lösas genom att någon part kan anses ha mer skuld än den andre till att problematiken uppstått. Det förutsätts att ingen av parterna har uppmärksammat problemet förrän delar av avtalet har fullgjorts. I annat fall skulle öppen dissens föreligga, och i så fall får subjektiva faktorer stor betydelse eftersom en parts fullgörelse med vetskap om dissensen rimligen bör tolkas som ett godtagande av motpartens krav.

Att redogöra för den lösningsmodell som baseras på fri tolkning och utfyllnad i detalj skulle kräva en redogörelse för olika tolkningsprinciper och därmed betydligt mer utrymme än vad som står till förfogande.

¹ För en presentation av culpamodellen, se Adlercreutz II, s. 120 ff.

Eftersom ytterst få konsumenter kan tänkas bifoga egna standardavtal förutsätts att de lösningar som presenteras i uppsatsen skall tillämpas mellan näringsidkare. Detta medför att aspekter som rör konsumentskydd, liksom domstolars direkta och indirekta kontroll över avtalsinnehållet baserat på parternas styrkeförhållande inte behandlas.

3 Bakgrund

3.1 The Battle of the Forms

Att oförenliga standardvillkor inkorporeras i ett avtal och parterna efter den tidpunkt när fullgörelse har ägt rum är oense om vilka villkor som skall reglera deras mellanhavanden är en problematik som har existerat, åtminstone teoretiskt, sedan bruket av standardavtal inleddes. ”*De tryckta kontraktsvillkoren med sina standardiserade avtalsklausuler utgöra ett typiskt inslag i modernt affärsliv. Användningen av dylika tryckta formulär har med tiden blivit allt vanligare, och inom många branscher förekommer det knappast mera några individuella avtal*”.² Detta citat är hämtat från den författare som först uppmärksammade *the Battle of the Forms* på svenska, Curt Olssons, behandling av frågan i samband med det Nordiska Juristmötet år 1957.

Sedan Olsson behandlade frågan har antalet standardavtal, liksom bruket av dessa, knappast minskat. Redan 1957 förelåg en medvetenhet om problemet med dubbla hänvisningar till standardavtal, och de lösningsmodeller Olsson redovisar, som då ansågs mest tänkbara, nämligen *the last shot*, tillämpning av dispositiv rätt och ”hänsyn till situationen i det enskilda fallet”³ är också de som förordas idag. Ändå existerar, över 50 år senare, ingen konsensus kring hur problemet skall lösas.

The Battle of the Forms är ett problem som orsakas av att den allmänt vedertagna avtalsbindningsprocessen ofta innebär att avtalsdokumentation utväxlas vid ett flertal tillfällen, samtidigt som det är relativt enkelt att inkorporera standardvillkor som avtalsinnehåll. Många avtal ingås genom att en förfrågan från köparen möts av en offert från säljaren. Köparen lägger därefter en order, varefter säljaren, som ofta förbehåller sig rätten att få sista ordet, sammanfattar avtalet i en orderbekräftelse.⁴

När två eller flera av dessa handlingar innehåller standardvillkor som inte är förenliga, men parterna trots detta agerar som om de vore överrens om avtalsinnehållet, föreligger en *the Battle of the Forms*-situation. Båda parter anser att deras villkor skall tillämpas. Båda parter anser även att motparten borde ha insett att man avsett att handla endast på sina egna villkor. Parterna agerar som om de ingått ett avtal i och för sig, och ingen av parterna ifrågasätter huruvida ett avtal överhuvudtaget kommit till stånd.

Begreppet ”*The Battle of the Forms*” är den benämning av problemet som torde ha störst utbredning. Detta begrepp passar dock mindre bra i en uppsats på svenska, och begreppet ger dessutom associationer till att avtalsförhandlingar skulle utgöra en form av krigsföring, där en

² Olsson, NJM 1957, Bilaga VI s. 7

³ Olsson, NJM 1957, Bilaga VI s. 21 f.

⁴ Adlercreutz I, s. 49

part antingen vinner eller förlorar helt. Problemet kommer därför i fortsättningen att betecknas som ”standardavtalskollision” eller ”kolliderande standardavtal”.

Det existerar ingen svensk rättspraxis som direkt berör frågan. Det enda avgörandet från högsta instans är från 1916 och utgör egentligen inte ett exempel på en ren standardavtalskollision eftersom det berör en situation där en av parterna ville komma ur avtalet. En renodlad standardavtalskollision, där båda parter är överrens om att bindande avtal har ingåtts i och för sig, men där båda yrkar att deras egna villkor skall tillämpas, har inte behandlats av högsta domstolen.

Avsaknaden av rättspraxis kan tyda på att problematiken inte är utbredd, men kan även bero på att de flesta standardavtal hänvisar till någon form av skiljeklausul. När två parter som annars inte kan enas om vilka villkor som skall gälla råkar i tvist torde de därmed i vart fall vara eniga om att inte låta allmän domstol avgöra frågan.

Problemet utbredning är därför svårt att avgöra. Avsaknaden av rättspraxis talar för att problemet fräst är av teoretisk natur, medan kommentaren till NL 01 beskriver problemet som *”en ofta förekommande situation”*.⁵

3.2 Den praktiska dimensionen – om standardavtal och bruket av dessa

3.2.1 Om standardavtal och dess funktion

Bernitz har definierat begreppet standardavtal enligt följande: *”Sådana avtal, som helt eller delvis ingås enligt i förväg upprättade standardiserade villkor avsedda att tillämpas likartat i ett större antal konkreta avtalssituationer av viss art, i vilka åtminstone den ena avtalsparten växlar”*⁶ I sakens natur ligger således att dessa avtal inte är föremål för förhandlingar kring varje enskild klausul. Förhandlingsutrymmet utgörs snarare av vilket standardavtal som skall tillämpas, antingen någon av parternas eller ett avtal som författats av tredje man.

Standardavtalens främsta styrka är att de ger möjlighet till ett snabbt avtalsslut kombinerat med en god precisering av avtalsinnehållet. Många avtalstyper saknar kodifiering. Dessa rättsområden regleras således via analogier och allmänna avtalsrättsliga principer, material som endast sällan ger parterna någon djupare kunskap om deras respektive rättigheter och förpliktelser.

Genom en hänvisning till ett standardavtal kan parterna, utan egentligt merarbete, uppnå en väsentlig förbättring av förutsebarheten. Standardavtal kan dessutom, jämfört med civilrättslig lagstiftning, snabbt anpassas till förändringar vad gäller exempelvis synen på vad som utgör en marknadsmässig ansvarsfördelning parterna emellan. Nya handlingsmönster i affärslivet kan snabbt bli föremål för reglering genom standardavtal. För många avtalstyper som inte passar in i den kodifierade civilrätten, exempelvis entreprenadavtal, fyller sedan länge etablerade standardavtal rollen som den bakgrunds rätt parter och avtalsskrivare måste förhålla sig till.

⁵ Bergström m.fl., s. 22

⁶ Bernitz s. 12

De mest dominerande avtalen, som AB 04 på entreprenadområdet och NSAB 2000 på expeditionsområdet, utgör i praktiken en privat reglering av okodifierade rättsområden, med publikation av kommentarer och annan litteratur i anslutning till regleringen. Dessa avtal sägs ibland utgöra handelsbruk inom en viss bransch, även om meningarna härom är delade.⁷ Andra avtal, som NL 01 rörande försäljning av verkstadsindustrins produkter, täcks av relativt modern lagstiftning, men erbjuder alternativa lösningar i förhållande till den dispositiva rätten.

De flesta företag tillämpar idag någon form av standardavtal för sina inköp och sin försäljning. Större företag, som har resurser att anlita externa konsulter, eller rentav har anställda bolagsjurister, har ofta tagit fram standardavtal anpassade till det egna företags krav och önskemål. Mindre och medelstora företag kan, utan kostnad, använda avtal framtagna av den egna branschorganisationen, eller olika *agreed documents* framtagna av företrädare för olika partsintressen. De egenproducerade standardavtalen torde typiskt sett vara mer ensidiga. Företagets styrka i förhållande till sina kunder och leverantörer avgör därför dessa avtals utsikter att tillämpas. De flesta större företag skulle knappast genomföra inköp på de villkor de tillämpar gentemot sina kunder.

Bernitz anser att denna riskförskjutning till den starkare partens förmån utgör den främsta nackdelen med bruket av standardavtal.⁸ Visserligen kan standardavtalen sägas vara en bidragande orsak till detta problem, eftersom tyngande villkor lättare kan döljas i avtalets systematisering⁹ i ett standardavtal än i ett individuellt förhandlat avtal, men huvudorsaken till problemet måste snarare anses vara att det råder varierande styrkeförhållandena på marknaden, något som måste anses ofrånkomligt i en marknadsekonomi där avtalsfrihet tillämpas i kommersiella förhållanden.

3.2.2 Inkorporation av standardavtal

Inkorporation av ett standardavtal kan ske på en mängd sätt, och i olika stadier av avtalsbindningsprocessen. Här finns en mängd varianter, allt från förtryckta avtalsformulär där pris och kvantitet infogas i samband med undertecknandet, via hänvisningar tryckta på baksidan på orderbekräftelser, till villkor som aldrig uttrycks men som anses vara underförstådda mellan parterna.

⁷ Karlgren, s. 70 f., anser att man måste skilja på faktiska sedvänjor och allmänt tillämpade standardvillkor, särskilt villkor som berör riskfördelningen parterna emellan. Bernitz, s. 31, anser att den allmänna regeln är att även vitt spridda villkor inte utgör handelsbruk. Ramberg, Standardavtal s. 16, anser däremot att vitt spridda standardavtal, mot bakgrund av den möjlighet till kontroll som AvtL 36 § erbjuder, bör kunna anses utgöra handelsbruk eftersom detta främjar förutsebarhet och stabilitet på marknaden. NSAB 2000 har i hovrättspraxis ansetts tillämpligt utan hänvisning, ND 1980 s. 1.

⁸ Bernitz s. 17

⁹ Exempel på denna "systematiseringsrisk" är så kallade rättelseklausuler, där en part oavsett kontraktsbrottets dignitet ges en viss rättelsefrist innan påföljder kan göras gällande. Ett annat exempel är till synes köparvänliga garantier, som kombineras med säljarvänliga reklamations- eller preskriptionsfrister. Vissa till synes oskyldiga force majeure klausuler tar upp faktorer som köprättsligt måste anses ligga inom säljarens kontroll, exempelvis utebliven leverans från underleverantörer, se NJA 1970 s. 478. Totaleffekten av ett avtals fel- eller dröjsmålsreglering står således ofta klar först sedan hela avtalet noggrant studeras, samtidigt som varje enskild klausul i och för sig inte kan sägas vara annat än klar och entydig.

Standardavtal kan bifogas under samtliga faser av avtalsprocessen, i en offert, i en order eller i en orderbekräftelse. Genom ett anbud-accept resonemang skulle man här kunna söka urskilja en punkt när bundenhet uppstår, och därmed dra en gräns för när villkor inte längre kan anses ingå i avtalsinnehållet, liksom att standardvillkor bifogade på ett senare stadium än anbudet skall anses mindre synbara.¹⁰

Ett sådant resonemang blir dock lätt hypotetiskt eftersom de flesta avtal inte ingås enligt denna modell. En mer verklighetsnära modell är att låta bundenhet uppstå när parterna agerar som om de ansett sig bundna av avtalet.¹¹ Med detta synsätt spelar det ingen roll i vilket skede villkoren bifogas, så länge en part inte bifogar sina villkor efter det att denne är på det klara med att avtal har ingåtts.¹² Så länge ena parten ges möjlighet att bifoga nya villkor måste denne ge motparten en möjlighet att reklamera och komma ur avtalet.

Att villkor som bifogats övrig dokumentation innan parterna anses sig bundna skall anses inkorporerade är ofta oproblematiskt. Krav har dock ställs, även i kommersiella förhållanden, på att oväntat tyngande villkor skall göras särskilt synbara.¹³

Även ett standardavtal som inte bifogats avtalsdokumentationen kan tillämpas via referens, såvida motparten har tillgång till villkoren, och de är rimliga till innehållet.¹⁴ Det ledande avgörandet är här NJA 1980 s. 46, där HD godkände tillämpningen av en skiljeklausul i AB 72 eftersom en referens skett till detta standardavtal innan fullgörelse inletts. Motparten var inte bekant med AB 72, och hävdade att en referens inte borde vara tillräckligt för inkorporering. Detta argument vann dock inte framgång. HD använde ett resonemang baserat på subjektiva faktorer. Den fullgörande parten måste enligt HD ha förstått att motparten ansett sig bunden på de villkor till vilken denne refererat. Detta resonemang borde ha bäring även på standardavtal med motsvarande spridning. I kommentaren till NL 01 anges att även detta avtal bör, genom att villkoren är välkända och balanserade, kunna anses tillämpligt genom hänvisning.¹⁵

Eftersom AB 72 är ett balanserat *agreed document* och ett avtal vars innehåll det är relativt enkelt att få kännedom om, torde NJA 1980 s. 46 inte kunna utgöra omedelbart stöd för att ett företags egenproducerade standardavtal kan inkorporeras enbart via referens. Adlercreutz anser att ett minimivillkor för bundenhet är att motparten utan svårighet skall kunna ta del av avtalet, även om detta skulle kräva en viss aktivitet från hans sida.¹⁶ Detta medför att ett företag som hänvisar exempelvis till villkor publicerade på företagets hemsida torde kunna få dessa inkorporerade via referens. I NJA 1978 s. 432 angav HD att villkor tryckta i en

¹⁰ Adlercreutz II, s. 66

¹¹ Ramberg/Ramberg, s. 79, se även UNIDROIT Principles Art. 2.1.1

¹² Hellner, s. 50

¹³ I NJA 1970 s. 478 underkände HD en ovanligt vid force majeure-klausul som återfanns i säljarens orderbekräftelse. Denna klausul överrensstämde inte med en normal på handelsbruk grundad tolkning av begreppet force majeure, något som säljaren reserverat sig för redan i ett tidigare skede av förhandlingarna. Köparen ansågs inte bunden av den mer omfattande friskrivningen eftersom den inte inkorporerats på ett tillräckligt effektivt sätt.

¹⁴ Hellner, s. 48

¹⁵ Bergström m.fl. s. 22

¹⁶ Adlercreutz II, s. 72

broschyr, vilken motparten inte hade läst, men väl kunnat ta del av, skulle utgöra avtalsinnehåll. Avgörandet rörde ett konsumentförhållande, och kraven torde knappast vara högre i ett kommersiellt förhållande.

Även partsbruk har betydelse för inkorporationen av villkor. Partsbruk utgör ett privat handelsbruk som skall tillämpas före dispositiv rätt, vilket följer direkt av köplagen 3 §. Att en förändring av partsbruk förutsätter aktivitet visas av NJA 1948 s. 620, där ett tidigare avtalat pris ansågs ingå underförstått i ett efterföljande avtal. Detta kan skapa dissens mellan parterna eftersom det är svårt att ge tydliga rekvisit för vilken grad av aktivitet som skall anses tillräcklig för att utgöra reklamation mot ett tidigare etablerat partsbruk. Ett exempel skulle vara att ett företag, som lagt ned tid och resurser på att ta fram nya standardvillkor, översänder detta till samtliga kunder eller leverantörer utan att få någon direkt reaktion. Vid nästa order förutsätter motparten att de tidigare villkoren fortfarande är tillämpliga, medan företaget nu förutsätter att de nyligen utskickade villkoren skall tillämpas.

Slutligen finns en kategori standardavtal som anses tillämpliga utan att någon form av hänvisning behöver ske, eftersom det anses underförstått att någon form av allmänna villkor tillämpas för avtalstypen. Försäkringsavtal kan tecknas på telefon utan att försäkringsvillkoren förs på tal, utan att någon för den skull kan vinna framgång med att hävda att deras försäkring inte omfattas av försäkringsgivarens allmänna villkor.¹⁷

Vissa avtal, som AB 04, används i så hög utsträckning i en viss bransch att vissa anser att en part explicit måste uttrycka att standardvillkoren inte skall tillämpas för att inte bli bunden.¹⁸ Vissa *agreed documents* anger att de skall tillämpas för avtal ingångna av medlemmar i en viss branschorganisation, oavsett hänvisning.¹⁹

Standardvillkor kan även återfinnas i sådan dokumentation som följer efter den tidpunkt när båda parter anser sig bundna av avtalet, typexemplet är villkor tryckta på fakturor. Att nya villkor inte ensidigt kan föras in efter avtalet efter endera parten har fullgjort sin prestation är en självklar avtalsrättslig slutsats. Rent praktiskt kan dock slutsatsen bli annorlunda eftersom en faktura kan ha bevismässig betydelse i en tvist om avtalsinnehållet. Köplagen 47 § anger att fakturapriset har en presumtionsverkan för avtalat pris om mottagaren inte reklamerar. En analog tolkning som ger även allmänna villkor i en faktura presumtionsverkan när motparten varit passiv är tänkbar. Bernitz avvisar dock denna tolkning eftersom han anser att bestämmelsen endast är tillämplig på en fakturas normala innehåll.²⁰

¹⁷ Hellner, s. 48. Avgörandet NJA 1978 s. 432, som gällde ett konsumentförhållande, godkände tillämpningen av villkor för en paketresa trots att de inte delgivits motparten eftersom de varit tillgängliga för denne.

¹⁸ Bernitz, s. 34 anser att denna princip kan ha skäl för sig vad gäller allmänt spridda *agreed documents*, men att man inte kan utveckla detta till en allmän princip, eftersom det skulle gynna villkor upprättade av dominerande storföretag.

¹⁹ Se NSAB 2000 § 1 där det anges att avtalet är – i den mån inte annat uttryckligen avtalats - tillämpligt för medlemmar i riksförbund anslutna till Nordiskt Speditörsförbund. Kommentaren av Jan Ramberg och Tom Rune Nielsen anger på s. 9 f. att benägenheten att godta NSAB som avtalsinnehåll utan hänvisning lär stärkas eftersom det innehåller förbättringar för speditörernas kunder. Kommentaren anger även att § 1 skall ge uttryck för att NSAB 2000 blir ”*det normala avtalsinnehållet*”.

²⁰ Bernitz SvJT 1972 s. 421

3.2.3 Standardavtal i praktiken

Det har genomförts sociologiska studier som visar att parterna i ett avtalsförhållande saknar någon planerad strategi för att hantera avtalsbrott från motpartens sida. Tilltron mellan företrädare för parterna, samt oskrivna regler i en viss bransch ansågs viktigare än hur avtalets klausuler har utformats.²¹ De flesta avtal ingås som ett led i långvariga affärsförhållanden där man vill inte i onödan vill stöta sig med sina affärspartners. Även om jurister gärna hävdar motsatsen är inte avtalet den viktigaste komponenten i ett förhållande mellan två företag. Detta kan bidra till att villkor bifogas slentrianmässigt, liksom att de ägnas begränsad uppmärksamhet hos motparten.

Andra sociologiska undersökningar har dock kommit till ett motsatt resultat. Göransson redovisar resultatet av en brittisk undersökning angående parternas syn på utväxlandet av motstridiga villkor. Eftersom frågan är tämligen oklar är det inte förvånande att undersökningen visade att deltagarna angav olika prognoser för hur en eventuell konflikt skulle kunna lösas, vissa ansåg att avtalslöst tillstånd skulle bli följden, andra gav tidsordningen för hänvisningarna avgörande betydelse.²² Det intressanta är att undersökningen visade att parterna var medvetna om att de motstridiga villkoren skulle kunna leda till oklarheter och framtida problem.

Att denna medvetenhet inte leder till noggrannare avtalsslut kan eventuellt bero på att man inte vill skada befintliga relationer genom att bråka om ”det finstilla”. Den medvetenhet, som enligt undersökningen föreligger redan vid avtalets ingående kommer upp till ytan först när en tvist inträffar, kanske på grund av att någon av parterna kanske vill avsluta samarbetet av andra skäl, och då plötsligt börjar hålla på sin rätt. Rodhe hänvisar till ett fall han tagit del av där parterna hade upprättat ett skriftligt kontrakt som undertecknats av båda parter, där man inte kunnat enas om vilka villkor som skulle gälla och därför bifogat *båda* parternas villkor till kontraktet, trots att de avvek på väsentliga punkter.²³ Öppen dissens komplicerar konflikten ytterligare, eftersom subjektiva faktorer rimligen måste ges större utrymme i dessa fall än i en konflikt som beror på slarv och slentrian.

Den slutsats som kan dras är att standardavtalet är ett mycket användbart verktyg eftersom det ger företag en enkel och billig möjlighet att i detalj diktera villkoren för ingångna affärer, något alla aktörer har starka incitament att göra, eftersom bland annat felansvaret direkt påverkar priskalkyler och företagets marginaler. Många företag behöver dock inte för denna skull vara fullt medvetna om innehållet i vare sig sitt eget eller motpartens standardavtal.

Dessa faktorer, tillsammans med den mängd inkorporeringsmöjligheter som redovisas ovan är en utmärkt grogrund för missförstånd. Parterna bifogar gärna sina villkor, men reagerar inte på oförenliga villkor eftersom de dels inte vet huruvida motpartens villkor är förenliga med deras egna, dels inte vill stöta sig med motparten i onödan. Att villkor kan inkorporeras på en mängd olika sätt torde bidra till problematiken eftersom alla handlingar kanske inte studeras

²¹ Maculay, Lag, samhälle, individ, s. 182 f.

²² Göransson, s. 30 f.

²³ Rodhe, SvJT 1971 s. 182

med samma noggrannhet. De flesta torde studera ett skriftligt kontrakt ingående, medan en orderbekräftelse eller en faktura inte ägnas samma uppmärksamhet.

3.3 Den teoretiska dimensionen – om avtalsbindning och avtalsinnehåll

Avtalsrätten bygger på två grundprinciper; avtalsfrihet och avtalsbundenhet.²⁴ Parterna skall själva kunna välja avtalspart och gemensamt fastställa avtalsinnehållet. Om en part inte vill uppfylla avtalet kan rättssystemet, genom exekutiva åtgärder, tvinga denne att fullgöra. Dessa principer är visserligen modifierade i modern avtalsrätt, men vad gäller kommersiella förhållanden är benägenheten från rättstillämpningens sida att ingripa i ett avtal begränsad.

Avtalsrätten är inte helt anpassad för att avtalsinnehåll tillförs genom standardvillkor, villkor vars innehåll parterna inte alltid är fullt bekanta med. Det föreligger en begränsad förståelse för att parterna inte alltid är medvetna om vad som förs in i avtalet. Principen om avtalsfrihet bygger på att parterna gör aktiva val både vad gäller valet att ingå avtal och valet att föra in olika villkor i avtalet.

En orsak till att standardavtalskollisioner uppstår är att vissa inte bryr sig om att ta del av innehållet i vare sig sitt eget eller motpartens standardavtal. Än färre förmår att, efter ett ytligt studium, bedöma avtalen som helheter. Alla avtal förhåller sig dessutom till en mängd rättsregler och allmänna principer rörande avtalsbindning och tolkning av avtalsinnehållet. Inte ens framstående rättsvetenskapsmän eller justitieråd är helt överrens om det exakta innehållet i denna bakgrundsrätt. Att det för de allra flesta är näst intill omöjligt att få kännedom om alla de regler och villkor som man presumeras ha kännedom om kan leda till att aktörer ingår avtal under oriktiga förutsättningar. Hellner påpekar att avtalslagens regler rörande oren accept passar sällsynt illa just när det gäller bruket av standardvillkor. *”Är inte parterna durkdrivna specialister på avtalsrätt – i vilket fall de förmodligen handlar försiktigare så att ingen tvist uppstår – tänker de inte i de kategorier som avtalslagen förutsätter”*.²⁵

En konsekvens av principen om avtalsbundenhet är att rättssystemet bygger på att alla aktörer presumeras ha kunskap om såväl rättsläget som innehållet i olika ingångna avtal. Skulle aktörernas verkliga kunskap och föreställningar läggas till grund för rättsskipningen, så skulle färre avtal kunna genomdrivas genom rättsväsendets försorg, vilket skulle leda till att osäkerheten skulle öka högst väsentligt vad gäller olika förpliktelsers innebörd. Framför allt skulle stora möjligheter till spekulation och annat missbruk öppnas.

Aktörer skulle bli mindre benägna att känna tillit till varandra och kräva att säkerheter ställs i fler situationer. Detta skulle både minska antalet transaktioner och öka kostnaderna för de som trots allt skulle genomföras. När ett avtalsinnehåll är mindre fixerat skulle troligen även mängden tvister öka. Dessa riskerar att lösas godtyckligt eftersom det är omöjligt att föra bevisning om en persons verkliga insikter. Det är av dessa anledningar bättre att helt enkelt presumera att en person har kännedom om de rättsfakta denne borde ha kännedom om. Att parterna skulle ha full insikt om innebörden av alla ingångna avtal är ofta en fiktion, dock en

²⁴ Ramberg/Ramberg s. 28

²⁵ Hellner, FJFT 1979 s. 295

för omsättningens del mycket viktig sådan. Eftersom standardavtalskollisioner ofta är resultatet av parternas bristande kännedom om rättsläget, och rättsväsendet inte kan ta hänsyn till detta, uppstår dock praktiska problem.

När rättssystemet söker fastställa ett avtals innehåll finns tre viktiga faktorer att ta hänsyn till; parternas vilja att binda sig, hur förklaringen som uttrycker denna vilja, viljeförklaringen, är utformad och vilken tillit parterna har ställt till varandras viljeförklaringar.²⁶

Enligt viljeteorin skall en parts vilja att binda sig avgöra en förpliktelses omfång. En viljeförklaring skall således tolkas utifrån viljan hos den som avgett förklaringen. Denna teori utformades i slutet av 1800-talet av tyska rättsteoretiker, och utgjorde en reaktion mot den strikta bokstavstolkning som förekommit innan dess.²⁷

Tillitsteorin uppkom som en reaktion mot att hänsyn endast togs till subjektiva faktorer hos ena parten. Även mottagaren av en rättshandling ansågs skyddsvärd, och enligt denna teori skall den tillit denne fäst till en viljeförklaring avgöra förpliktelsens omfång. Risken för misstag måste läggas på den som har bäst förmåga att undvika dem. Tillitsteorin har använts för att rättfärdiga vissa regler i avtalslagen. Förslaget till avtalslagen tog avstånd från viljeteorin och byggde istället på tillitsteorin. Spekulation skulle motverkas, till skydd för affärslivet.²⁸ Ett tydligt exempel är avtalslagen 32 § rörande förklaringsmisstag, där mottagaren av en viljeförklaring som inte överensstämmer med avgivarens vilja skyddas förutsatt mottagaren varit i god tro.²⁹

En modernare teori kring avtalstolkning är förklaringsteorin, vilken förordas av bl.a. Grönfors. Enligt förklaringsteorin skall en förpliktelses omfång avgöras av den yttre iakttagbara viljeförklaringen, tolkad objektivt.³⁰ Man har nu gått varvet runt och fokuserar åter på objektiva faktorer.

Lehrberg anser att samtliga dessa teorier har sitt värde, de visar på viljans fundamentala betydelse för allt rättshandlande, liksom på behovet av att skydda en godtroende mottagare när viljeförklaringen endast är skenbar. Förklaringsteorin illustrerar nödvändigheten av att hålla viss distans till parternas positioner.³¹

Ingen av dessa teorier kan ensam ligga till grund för fastställandet av avtalsinnehållet. Såväl en parts vilja som motpartens tillit är resultat av subjektiva faktorer, och att ge subjektiva faktorer alltför stort inflytande över avtals innehåll torde leda till osäkerhet. Fokus läggs därför normalt på viljeförklaringen, eftersom denna går att bedöma objektivt.³² Genom en analys av viljeförklaringen kan frågan rörande i vilken mån en parts tillit är befogad avgöras. Endast befogad tillit anses skyddsvärd, vilket framgår av bl.a. avtalslagen 32 §. Tillitsteorin spelar således fortfarande en viktig roll, eftersom de subjektiva momenten genom en

²⁶ Ramberg/Ramberg, s. 33

²⁷ Lehrberg s. 22

²⁸ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, s. 18

²⁹ A.a s. 23

³⁰ Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, s. 20

³¹ Lehrberg, s. 23

³² Ramberg/Ramberg, s. 131

tillämpning av förklaringsteorin kan tonas ned. Viljeteorins roll är begränsad, även om svensk rätt skyddar exempelvis en part som handlar via fullmakt på bekostnad av motparten när fullmäktigen överskrider sin behörighet, även när fullmakten är muntlig och motparten därför inte kan göra någon kontroll av behörigheten, se avtalslagen 11 § 2 st.

Denna uppsats bygger på hypotesen att två parter knappast går in i en standardavtalskollision med öppna ögon. Problemet är ett resultat av bristande kännedom om innehållet i såväl det egna som motpartens villkor, liksom kring vilka villkor som egentligen inkorporerats i avtalsinnehållet. Båda parter utgår från att de villkor som kommer att bli gällande är partens egna. Först när en konflikt uppstår blir parterna medvetna om problematiken.

Denna situation har de olika avtalsrättsliga teorierna svårt att hantera. Eftersom parterna inte har full insikt i sina egna villkor, och inte bryr sig om att skaffa sig någon förrän en tvist uppstår, kan man inte säga att det föreligger en bestämd vilja att uppnå något visst innehåll, förutom i grova drag. Båda parter har satt sin tillit till att de egna villkoren skall bli gällande. Inte heller viljeförklaringarna ger någon ledning eftersom det samlade avtalsinnehållet ger uttryck för motstridiga villkor.

Standardavtalskollisioner ställer därför rättstillämpningen inför ett problem där de vanliga verktygen inte alltid passar. Detta kan vara en anledning till förekomsten av till synes godtyckliga lösningar, exempelvis de modeller som tar hänsyn till den tidsordning i vilken parternas villkor översänts.

4 Utformning av en lämplig lösningsmodell

4.1 Vilka ändamålsskäl bör få genomslag?

Göransson har formulerat fem ändamålsskäl som bör få genomslag vid utformningen av en lämplig lösningsmodell för standardavtalskollisioner.³³ Lösningssmodellen bör uppfylla följande:

- Parterna skall ges möjlighet till snabba och friktionsfria avtalsslut, vilket gynnar omsättningen.
- Båda parter bör få sina villkor tillgodosedda så långt det är möjligt, vilket ger genomslag åt partsviljan hos båda parterna.
- Parterna skall kunna förutse resultatet av förhandlingar, avtalsslut och kontraktsuppfyllelse.
- Parterna skall kunna förutse avtalsinnehållet
- Tvister bör i möjligaste mån undvikas

³³ Göransson s. 137

Flera av dessa ändamålsskäl samverkar enligt min mening. En god förutsebarhet vad gäller resultatet av förhandlingar, avtalsslut och fullgörande är en förutsättning för att kunna uppnå snabba och effektiva avtalsslut, liksom givetvis även för möjligheten att uppnå förutsebarhet vad gäller avtalsinnehållet.

Om parterna kan förutse avtalsinnehållet underlättas deras försök att förutse resultatet av en tvist, vilket torde öka benägenheten hos åtminstone ena parten att göra upp i godo. Tvister kan dessutom undvikas redan på förhandlingsstadiet, eftersom förutsebara regler ger parterna incitament till tydliggörande av sina positioner, vilket motverkar att dold dissens uppkommer.

Att kunna ställa upp rekvisit vad gäller utfallet av en standardavtalskollision redan innan parterna börjat förhandla får således, enligt denna hypotes, flera positiva effekter.

Att vardera parten skall kunna få sina villkor tillgodosedda så långt det är möjligt innebär i idealfallet att varje problem skall bedömas för sig, så att samtliga faktorer såväl subjektiva som objektiva skall vägas in i bedömningen. Att söka ge partsviljan så gott genomslag som möjligt torde upplevas som rättvist. Detta krav på rättvisa är dock mindre enkelt att förena med ett krav på förutsebarhet eftersom förutsebara regler tenderar att förenkla verkligheten, så att en av parterna nödgas att antingen vinna eller förlora hela tvisten.

4.2 Konflikten mellan olika ändamålsskäl

Flera av de intressen som hänger samman med en god förutsebarhet grundas på ändamål som gynnar hela samhället, särskilt intresset av snabba och smidiga avtalsslut, samt intresset av att hålla nere kostnaderna för konfliktlösning. Process- och förhandlingskostnader utgör enligt den ekonomiska teorin transaktionskostnader, vilka fördyrar transaktioner och således bör hållas till ett minimum för att inte hindra varuutbytet.³⁴ Ett varuutbyte på en fri marknad anses enligt dessa teorier skapa välfärd eftersom båda parter upplever sig som mer tillfredsställda efter transaktionen. Som stöd för detta antagande anges antagandet att transaktionen annars aldrig hade genomförts om inte båda parter värderat motpartens prestation högre än sin egen.³⁵ Transaktionskostnader anses således inom den ekonomiska teorin utgöra en barriär mot ökad välfärd.

Intresset av att båda parter får gehör för sina respektive partsviljor är enligt min mening av störst intresse för parterna själva. Absolut rättvisa i varje enskilt fall kan ur ett ekonomiskt perspektiv ställas mot intresset av att genomföra ett så intensivt varuutbyte som möjligt. Mitt antagande är att de flesta aktörer önskar att just deras egen tvist skall lösas enligt en nyanserad tvistlösningsmodell, med hänsyn tagen till samtliga omständigheter. Vad gäller alla övriga tvister skulle förmodligen de flesta föredra att de löstes på ett sätt som ger utomstående tillgång till de bevekelsegrunder som fått vågskålen att tippa över i ena eller andra riktningen, så att de själva kan förebygga att de dras in i en motsvarande tvist.

Regler som är förutsebara och fyller ett preventivt syfte kan betraktas som handlingsdirigerande. Rättsordningen ställer upp ett regelverk till vilket parterna måste förhålla sig. Eftersom varje part kan förutse hur en tvist skulle komma att avgöras kommer

³⁴ Dahlman m.fl., s. 83

³⁵ A.a. s. 55

deras agerande att styras mot handlingsmönster som passar in under reglerna, vilket leder till att de ändamål som ligger bakom regelverket får genomslag.

Att ställa upp tydliga och förutsebara regler kan dock leda till att vissa i och för sig legitima intressen underkastas andra intressen som värderas högre. Ett exempel är de olika presumtioner som föreligger inom exekutionsrätten, där all egendom i en gäldenärs besittning presumeras tillhöra denne. Eftersom de flesta inte för register för att styrka hur man förvärvat sin egendom leder denna presumtion till att exempelvis makar till skuldsatta personer riskerar att förlora sina tillhörigheter. Intresset av att genomdriva effektiva exekutiva åtgärder har dock av lagstiftaren värderats högre.

Att vissa intressen anses mer förtjänta av rättsordningen skydd än andra kan sägas bygga på en utilitaristisk grundtanke, eftersom de medför att vissa personer får lida skada för att gynna gemensamma intressen.³⁶

Att sätta upp spärrar för i form av rättigheter som skyddar enskilda mot allt för stora ingrepp i det gemensamma intressets namn begränsar den utilitaristiska filosofins praktiska inflytande. Vissa rättigheter anses så viktiga för individen att de måste respekteras oavsett om detta gynnar samhället eller ej.

Tanken på att vissa värden skall skyddas oavsett om det gynnar det gemensamma intresset kan sägas vara baserat på naturrättsliga argument. Enligt ett naturrättsligt synsätt är vissa rättigheter okränkbara eftersom det vore onaturligt eller omänskligt att inte respektera dem.³⁷ Naturrättsliga argument har efter andra världskriget fått ökat inflytande, särskilt på det folkrättsliga området.³⁸ Även nyliberalismens syn på staten som en aktör individen bör vinna frihet från snarare än en garant för det gemensamma goda har minskat utrymmet för handlingsdirigering enligt en utilitaristisk modell.³⁹

Dworkin har visat att det går att förena utilitarismen med en respekt för rättigheter genom att skilja på externa och personliga intressen. Skillnaden mellan externa och interna intressen är att de förstnämnda inte direkt berör ens egen situation. Enligt Dworkin kan inte externa intressen uteslutas från den politiska processen och rättsordningen, men rättigheter kan fungera som en trumf på sådana områden där påverkan av externa intressen är mest sannolik.⁴⁰ På detta sätt kan samhället styras effektivt, samtidigt som individen erhåller ett grundläggande skydd genom vissa centrala rättigheter.

Ekelöf torde vara den som haft och har störst inflytande vad gäller synen på den svenska rättsskipningen som ett medel att nå olika samhälleliga mål genom att dirigera människors handlande. Enligt Ekelöf skall rättssystemet fylla funktionen som en institutionaliserad social

³⁶ Nordin s. 113

³⁷ Strömberg s. 23

³⁸ A.a. s. 81

³⁹ Simmonds, s. 62 refererar till del nyliberala filosofen Robert Nozicks syn på välstånd som en produkt av enskilda individers ansträngningar snarare än som en kaka vilken via samhällets försorg skall fördelas mellan medborgarna.

⁴⁰ Simmonds, s. 154 ff.

kontroll i syfte att genom en sanktionsmekanism upprätthålla en god samhällsmoral.⁴¹ De materiella reglerna skall tillämpas så att rättsskipningen medverkar till att ändamålet med dessa regler blir förverkligat.⁴² Detta skall genomföras genom en teleologisk tolkningsmetod, där rättskällorna skall tolkas mot bakgrund av dess ändamål. Ändamålet bakom en viss regel kan slås fast genom att man tänker sig en situation där regeln med all säkerhet är tillämplig, ett klart fall. Genom att jämföra detta klara fall med den föreliggande situationen kan rättstillämparen avgöra om regelns ändamål bör få genomslag. Om situationen är likartad med det klara fallet kan en viss regel tillämpas extensivt eller analogt. Om den föreliggande situationen tydligt skiljer sig från det klara fallet kan regeln tillämpas restriktivt eller *e contrario*.⁴³ Denna tolkningsmetod har stort inflytande, vilket bl.a. visas av att den är bland det första en juridikstudent får ta del av under den inledande terminen.⁴⁴

Även om Ekelöfs teori givetvis kan tillämpas oavsett vilka ändamål som ligger bakom reglerna gynnar, enligt min åsikt, hans teori regler som fokuserar på förutsebarhet snarare än sådana som fokuserar på genomslag för partsviljan och materiell rättvisa via en allomfattande prövning av samtliga omständigheter i en viss tvist. Det är helt enkelt svårt att se några klara fall om rättsskipningen baseras på fri tolkning och utfyllnad.

Handlingsdirigerande rättsskipning är framåtblickande, den ser som sina främsta uppgifter att förmå den förlorande parten att inte upprepa sitt agerande i framtiden, och att förmå parter i samma situation som den som tappar målet att ändra sitt framtida agerande.⁴⁵ Den effekt som Ekelöf eftersträvar kan endast uppnås om de domar som rättstillämpningen producerar kan användas av olika aktörer som en manual för hur man skall bete sig för att undvika att förlora en liknande process. Om reglernas ändamål är att ge partsviljan maximalt genomslag och via en allomfattande prövning tillhandahålla en materiellt rättvis konfliktlösningsmekanism blir rättsskipningen bakåtblickande och eftersom varje tvist då ses som en produkt av unika omständigheter blir det svårt för reglernas ändamål att få genomslag.

Lindell presenterar ett alternativ till Ekelöfs teorier. Han anser att rättsskipningen bör begränsa sina ambitioner till att skapa rättvisa i det enskilda fallet snarare än att försöka agera samhällspolitiskt styrinstrument. Han anser att Ekelöfs teori måste modifieras för olika typer av fall. Om en tvist rör en klar och förfallen fordran bör rättssystemet visserligen ge incitament till snar exekution, men om ett mål innehåller svåra rätts- och bevisfrågor som inte tidigare prövats kan inte rätten söka driva igenom något önskat handlingsmönster, eftersom denna norm inte existerar förrän saken är avgjord.

Enligt Lindell bör endast prejudikatinstanserna ta ansvar för att påverka olika aktörers beteende för framtiden.⁴⁶ Lindell anser att modern lagstiftning, där generalklausuler och ramlagar spelar en allt viktigare roll, befrämjar synen på rättsskipningen som konfliktlösande

⁴¹ Ekelöf & Edelstam s. 7 f.

⁴² A.a. s. 80

⁴³ Ekelöf/Edelstam s. 85

⁴⁴ Se exempelvis Samuelsson/Melander, *Tolkning och Tillämpning*, s. 54 ff.

⁴⁵ Lindell, s. 93 f.

⁴⁶ A.a. s. 95 f.

eftersom lagarna kan anpassas till ändrade värderingar i samhället.⁴⁷ Rätten påverkas av samhällets värderingar snarare än att den söker styra dessa.

4.3 Ändamålen bakom avtalsrätten

De grundläggande principer som avtalsrätten baseras på, avtalsfriheten samt avtalsbindningen visar på att avtalet fungerar som en privat rättskälla. Parterna ges möjlighet att skriva sina egna regler och dessa regler behandlas dessutom som bindande av domstolar och exekutiva myndigheter.

Att parterna själva kan utforma avtalets innehåll är givetvis en mycket viktig funktion, men den enligt min åsikt mest betydelsefulla funktionen är avtalsbindningen. Även om lagstiftaren endast skulle anse visst avtalsinnehåll bindande finns stora möjligheter för en effektiv ekonomi att uppstå. Den mest centrala faktorn vad gäller avtalsfrihetens betydelse måste anses vara frihet att avtala om priset på en viss vara eller tjänst. Fri prissättning är en förutsättning för konkurrens, vilket gynnar de aktörer som kan driva sin verksamhet så effektivt som möjligt. Även om det är möjligt att konkurrera med andra faktorer än priset, så visar det faktum att en stor del av den civilrätt som rör försäljning av varor och tjänster till privatpersoner, exempelvis konsumentköplagen och konsumentkreditlagen, är tvingande, att det är möjligt att kombinera en marknadsekonomi med förutbestämda villkor för olika avtalstyper.

Enligt Adlercreutz utgör partsbindningen ett medel för kontrahenterna dels att tillförsäkra sig själva såsom berättigade till vissa prestationer, dels att göra utfästelser med sådan verkan, att de väcker tillit hos motparten.⁴⁸

Att ett avtal är bindande är således en förutsättning för att olika aktörer skall våga ingå annat än rena bytesaffärer på dagsbasis med varandra. Utan den tillit som ett avtal kan skapa mellan aktörer utan tidigare erfarenhet av varandra skulle en mängd transaktioner aldrig genomföras. Avtalet som bindningsinstrument utgör således en förutsättning för den ekonomi och det samhälle vi lever i idag.

Ett avtal vars innehåll dikteras av lagstiftaren, men som är bindande, är således fortfarande en användbar byggsten i samhället. Ett avtal vars innehåll parterna kan diktera fritt, men som inte kan drivas igenom exekutivt, är helt oanvändbart på en större marknad.

Om avtalets främsta syfte är att utgöra ett instrument för att skapa tillit mellan olika aktörer i samhället till gagn för den ekonomiska effektiviteten, blir slutsatsen att en god förutsebarhet är det ändamål som bör få starkast genomslag i rättstillämpningen. Att parterna inte kan förutse utfallet av att ingå ett visst avtal skadar tilliten och kan leda till en lägre omsättning av varor och tjänster.

⁴⁷ Lindell s. 96

⁴⁸ Adlercreutz I, s. 23

5 Presentation och analys av olika lösningsmodeller

5.1 Avtalslöst tillstånd

5.1.1 Ogiltighet

Eftersom parterna i en standardavtalskollision knappast kan sägas ha enats om ett gemensamt avtalsinnehåll, kan en lösning vara att anse att bindande avtal inte uppkommit mellan parterna. Prestationerna skall således återgå. Denna modell grundas på en klassisk syn på avtalet såsom en förening av partsviljor i form av likalydande anbud och accept, vilka för att avtalsverkan skall uppkomma skall utgöra en spegelbild av varandra. Att parterna bifogat avvikande villkor under avtalsbindningsprocessen medför att någon gemensam partsvilja inte står att finna, och bindande avtal kan i så fall inte ha uppkommit.

Modellen finner stöd i en strikt tolkning av avtalslagen 6 §. Om A gett B ett anbud innehållande vissa standardvillkor och B:s accept innehåller avvikande standardvillkor är accepten enligt denna regel oren och att anse som avslag i förening med nytt anbud. Eftersom standardvillkor typiskt sett innehåller villkor av väsentlig betydelse för avtalsinnehållet, är det svårt att tillämpa avtalslagen 6 § 2st. för att binda anbudsgivaren vid den orena accepten. Eftersom den orena accepten, anbudet, inte mötts av någon uttrycklig accept, blir följden att bindande avtal inte uppkommit.

Modellen kan innebära en lösning i de fall då standardavtalskollisionen upptäcks redan innan fullgörelse påbörjats, och ena parten kräver en tillämpning av sina villkor, medan den andre vill komma ur avtalet. Detta skedde i det hittills enda avgörandet från högsta domstolen som berör vad som gränsar till en standardavtalskollision, NJA 1916 s. 583. HD ansåg att bindande avtal inte hade kommit till stånd. Ena parten krävde att få bifoga sina villkor i samband med avgivandet av accepten, något som motparten, anbudsgivaren, vägrade att gå med på. Anbudsgivaren översände istället sina villkor för underskrift. HD ansåg att accepten var oren när vardera parten hänvisat till sina egna villkor. Fullgörelse hade inte påbörjats. Göransson anser fallet som överspelat både med hänsyn till ålder och till HD:s resonemang.⁴⁹ Adlercreutz betecknar fallet som gammalt och inte helt typiskt.⁵⁰

Att låta ett ogiltighetsyrkande vinna framgång på ett stadium där fullgörelse ännu inte påbörjats måste enligt min åsikt anses förebygga framtida oklarhet och tvister. Ett avtalsförhållande där parterna inte ens innan fullgörelsen påbörjats förmår enas om villkoren bör kanske inte alltid upprätthållas. En nackdel med att genomdriva ogiltighetsyrkanden i dessa situationer är dock att detta kan ge upphov till spekulation, om prisbilden för den aktuella varan skulle förändras.⁵¹ Modellen löser inte heller själva grundproblemet: vill båda parter genomdriva avtalet, fast på sina villkor, kan inte domstolen, med hänsyn till rättegångsbalken 17 kap 3 §, ex officio genomdriva avtalets ogiltighet.

Om parterna påbörjat fullgörelse torde ogiltighet inte kunna aktualiseras eftersom det då föreligger en stark presumtion för bindande avtal genom parternas konkludenta handlande,

⁴⁹ Göransson, s. 102

⁵⁰ Adlercreutz II, s. 73

⁵¹ Göransson s. 25

och frågan blir då snarare vad som kan anses utgöra avtalsinnehåll.⁵² Göransson anser att ogiltighetsmodellen är opraktisk för frågeställningen om kolliderande standardavtal just eftersom svårigheterna typiskt sett uppkommer först sedan parterna börjat agera som om avtal föreligger.⁵³

Modellen kan kritiseras ur ett teoretiskt perspektiv såsom formalistisk och föråldrad. Spegelbilsregeln härrör från en tid när avtal skraddarsyddes för varje enskild transaktion.⁵⁴ Med tanke på den kraftigt ökade transaktionsintensiteten idag jämfört med 1910-talet, är en återgång till detta förfaringsätt orealistisk.

5.2 Klausulupplösning – en tänkbar utgångspunkt

En metod som de flesta kan enas kring såsom principiellt riktig är att de villkor i parternas standardavtal som inte är oförenliga skall sammanjämkas, en lösning som även förordas i internationell handelsrätt.⁵⁵

Lösningen innebär ett avståndstagande från ogiltighetsmodellen och kan på så sätt ses som ett uttryck för den så kallade giltighetsregeln, *favor contractus*; att parterna genom sitt agerande i samband med avtalsslutet i vart fall båda åsyftat att ett avtal skulle komma till stånd och att argumentationen i en konflikt rörande avtalsinnehåll således bör fokuseras just på avtalsinnehållet snarare än på avtalsbindningen.⁵⁶ Detta motverkar den risk för spekulation som blir följden av en tillämpning av ogiltighetsregeln.⁵⁷ De flesta tycks enas kring att giltighetsregeln bör läggas till grund för en lösning av problemet.

Modellen innebär även ett steg bort från uppfattningen att parternas standardavtal är två oförenliga helheter, som antingen tillämpas helt eller inte alls.⁵⁸ Ramberg påpekar dock att många standardavtal är uppbyggda med en systematik som gör de svår att tillämpa endast delvis.⁵⁹

Som en lösning på problemet med kolliderande standardavtal är klausulupplösningen dock i grunden otillfredsställande eftersom orsaken till en tvist är att vissa klausuler inte kan sammanjämkas.⁶⁰ Modellen måste därför kombineras med en lösning som anger vilken källa som skall få genomslag vad gäller dessa oförenliga klausuler, antingen något av avtalen eller en självständig rättskälla såsom dispositiv rätt eller handelsbruk. Klausulupplösning presenteras ofta som en lösningsmodell, men utgör således snarare en utgångspunkt för konfliktlösningen än ett medel med vars hjälp konflikten löses.

Klausulupplösning har sin största fördel om man väljer att betrakta konflikten ur ett vilje- och tillitsperspektiv. En lösning baserad på hur parterna uppfattat situationen kan lätt leda till att

⁵² Ramberg/Ramberg s. 110, Adlercreutz II s. 117

⁵³ Göransson s. 25

⁵⁴ Bernitz s.11

⁵⁵ UNIDROIT Principles, Art. 2.1.22, Principles of European Contract Law, 2:209

⁵⁶ Ramberg/Herre s. 162

⁵⁷ Göransson, s. 27

⁵⁸ A.a. s. 26

⁵⁹ Ramberg, Standardavtal och avtalsinnehåll, Avtalslagen 90 år, s.451

⁶⁰ Hellner, s. 51

ingen av parterna kan anses bundna vid motpartens villkor. De har inte velat binda sig vid motpartens villkor, och satt tillit endast till att de egna villkoren skall gälla. Det enda gemensamma avtalsinnehållet kan således vara varans kvalitet och priset. Övrigt avtalsinnehåll skall i så fall hämtas från dispositiv rätt, enligt köplagen 3 § analogt.

Genom att tillämpa de villkor parterna är ense om uppnår man ett avtalsinnehåll som står i bättre överensstämmelse med partsviljan, oavsett om villkoren blivit inkorporerade eller ej. Dissens kan inte sägas föreligga vad gäller de klausuler som endast skiljer sig i den språkliga utformningen. Detta är en egentligen självklar slutsats av principen om partsautonomi.

Det problem som kan uppkomma är hur bedömningen av vilka villkor som är förenliga skall gå till. Man kan välja att främst ta hänsyn till ordalydelsen eller istället låta den innebörd parterna var för sig lagt i en viss klausul vara avgörande. Min uppfattning är att man endast skall tillämpa klausulupplösning på sådana klausuler där parterna är eniga om innebörden, oavsett om ordalydelsen är överensstämmande. Att söka jämka samman villkoren redan på utgångsstadiet är inte lämpligt. De villkor parterna är oense kring måste lösas enligt någon av de modeller som presenteras nedan.

Ett problem med klausulupplösning är att rätten är bunden av parternas yrkanden, rättegångsbalken 17 kap 3 §. Om vardera parten yrkar att dennes villkor skall tillämpas fullt ut tvingas rätten behandla standardvillkoren som oupplösliga normpaket. Genom aktiv processledning kan dock klausulupplösning ske. I praktiken torde domstolen redan innan huvudförhandlingen ha förmått parterna att koncentrera sig på de klausuler som är tvistiga.

Göransson anser att NJA 1977 s. 92 ger uttryck för en klausulupplösande inställning.⁶¹ I avgörandet befanns ett företag mot sitt bestridande ha ingått ett agentavtal. Agenten fick dock finna sig i att vissa provisionsbestämmelser i det av honom påstådda avtalet inte ansågs tillämpliga. HD valde således att inte behandla parternas krav enligt principen ”allt eller inget”, utan valde en mer nyanserad lösning.

5.3 En av parternas villkor vinner företräde

5.3.1 Modeller baserade på avtalslagens bindningsmodell

Gemensamt för dessa lösningar är att de anses bygga på en traditionell syn på avtalsbindning, där ena partens aktivitet efter erhållandet av motpartens villkor tolkas som ett rättsfaktum. Detta leder till att en av parterna helt får igenom sina villkor, medan den andre förlorar. Båda reglerna bygger på tolkningen av olika avtalsrättsliga rekvisit; *first shot* modellen bygger på att en viss aktivitet krävs för att uppnå en godtagbar reklamation, vilket leder till att utebliven aktivitet ses som konkludent accept; *last shot* modellen på synen på att fullgörelse eller disposition över avtalsföremålet anses som en konkludent accept. Modern rättspraxis visar dock att *last shot* modellen även kan rättfärdigas av en allmän lojalitetsplikt.

5.3.1.1 The first shot

The first shot innebär att den part som först delgett motparten sina villkor skall vinna tillämpning av dessa om inte motparten reklamerar. Reklamationen måste ske med viss

⁶¹ Göransson, s. 118

tydlighet för att få effekt. Den part som först meddelar motparten sina villkor har således en klar fördel enligt denna modell eftersom dennes passivitet i förhållande till motpartens efterföljande bifogande av villkor anses mindre klandervärd än avsaknaden av en tydlig reklamation.

Tillitsteorin, och den allmänna lojalitetsplikten kan användas som teoretisk överbyggnad till denna modell. Vill en part inte handla på motpartens villkor måste han låta motparten veta detta, i annat fall anses den tillit motparten fäst till den uteblivna reklamationen skyddsvärd nog att få genomslag. Göransson anser att det finns anledning att ge villkoren hos den part som tagit initiativet ökad tyngd, eftersom denne lagt upp tydliga ramar för avtalet. Motparten kan då inte förlita sig på att enbart tillsändandet av dennes villkor skall vara tillräckligt för att få initiativtagaren att ändra inställning.⁶²

Ett problem är dock att tillsresonemanget lika gärna kan vändas till motpartens fördel. Denne har ju åberopat de villkor som föregått fullgörelsen och bör kunna hävda att han mottagit eller levererat varan i tillit till att fullgörelsen skedde på de villkor som senast aktualiserades mellan parterna.

Att låta ett tillsresonemang få inverkan på lösningen av problemet måste bygga på att någon av parterna kan anses ha varit mer försumlig än den andre vad gäller den oklarhet som uppstått. Den part som bär minst skuld anses kunna fästa en skyddsvärd tillit till sin version av händelseförloppet. Detta resonemang uppvisar brister när båda parter bär skuld till oklarheten. När en standardavtalskollision har uppstått torde detta vara ett resultat av att båda parter agerat otydligt i någon mån. Göransson anser att en realistisk synpunkt är att tillsresonemangen är föga givande även eftersom båda parter ofta saknar en klar uppfattning om villkorens och de enskilda klausulernas juridiska betydelse, vilket innebär att de inte har något beaktansvärt fog för någon viss tillit.⁶³

I vissa särskilda fall kan säkert en av parterna anses som betydligt mer försumlig, och i dessa fall kan hänsyn till motpartens tillit vara ett användbart hjälpmedel för att lösa tvisten. Med tanke att problemet ofta beror på slarv hos båda parter är dock subjektiva faktorer generellt sett ingen lämplig lösning.

Även vad gäller synen på vad som utgör en tydlig reklamation kan modellen stöta på problem. Enligt Göransson krävs visserligen för att en godtagbar reklamation i detta avseende ett tydligare agerande än endast ett översändande av de egna standardvillkoren.⁶⁴ En godtagbar köprättslig reklamation förutsätter att köparen inte endast i allmänna ordalag klagar på en vara, köparen måste klargöra att fel föreligger i visst bestämt avseende.⁶⁵ Detta krav på tydlighet anses motiverat av att en köpare av varor med en volatil prisbild inte skall tillåtas spekulera i valet mellan att häva eller begära prisavdrag.⁶⁶ Det är dock svårt att använda dessa

⁶² A.a. s. 148

⁶³ Göransson, s. 148

⁶⁴ A.a. s. 165

⁶⁵ Håstad, s. 101

⁶⁶ A.a. s. 101

argument som stöd för ett liknande krav på tydlighet i en avtalsförhandling. Vad som kan anses som en tydlig reklamationskrav måste nog betraktas som oklart.

Göransson refererar till ett opublicerat hovrättsavgörande där frågan om reklamationskrav behandlades.⁶⁷ Parterna kunde inte enas om vilken av deras respektive skiljeklausuler som skulle tillämpas. Säljaren hade, efter att parterna förhandlat, avsänt ett telex innehållande flera avtalsklausuler som en avtalsbekräftelse. Samma dag skickade säljaren en uppsättning standardvillkor per post. Innan köparen hunnit mottaga detta brev hade även han avsänt sina standardvillkor. Hovrätten ansåg att köparen borde ha insett att säljaren ansåg att avtalets slutliga utformning skulle innefatta de villkoren som säljaren bifogat i brevet. Med andra ord skulle köparen bli bunden av villkoren p.g.a. passivitet, enligt avtalslagen 6 § 2st. Eftersom köparen dock avsänt egna villkor innan han mottagit säljarens kunde han inte anses bunden av säljarens villkor. Villkoren tog således ut varandra. Eftersom klausulerna skiljde sig åt i väsentliga avseenden kunde inte någon sammanjämkning ske.

Göransson refererar avgörandet som ett passivitetsavgörande och anser att hovrättens resonemang är otydligt, men att det tyder på att köparen i och för sig hade kunnat anses bunden av säljarens villkor enligt en tillämpning av avtalslagen 6 § 2 st. Avsändande av köparens villkor gavs dock en reklamationsverkan trots att köparen inte haft kännedom om innehållet i det han reklamerat mot.⁶⁸

Detta avgörande är enligt mig intressant även ur ett *first shot* perspektiv eftersom det visar att reklamationsverkan kan uppnås via avsändandet av standardvillkor. Även om parterna inte hade kännedom om motpartens respektive villkor när de ”reklamerade” ansågs de inte bundna. Avgörandet är måhända otypiskt, men de låga krav som ställts beträffande reklamationen talar ändå mot en tillämpning av *first shot* modellen.

5.3.1.2 *The last shot*

Denna modell ger inte den part som avgett anbudet den fördel som återfinns ovan. Här vinner istället den part som avgett de villkor som avgetts närmast före fullgörelsen, oavsett hur parternas kommunikation tidigare förlupit. Huvudsyftet bakom *last shot* modellen kan sägas vara att inte låta en ondtröende part under återopande av avtalsmekanisk dissens dra sig ur ett avtal på grund av att avtalet blivit oförmånligt.⁶⁹

Den gräns som sätts för när nya villkor kan inkorporeras är tidpunkten för fullgörelse. Den part som fullgör, eller disponerar över avtalsföremålet, anses acceptera de villkor som lagts fram närmast innan fullgörelsen. En annan benämning för *last shot* modellen, som knyter an till fullgörelsens centrala betydelse är *the performance rule*.

Hellner har uttalat att *the performance rule* ”gynnar säljaren på ett sätt som är svårt att rättfärdiga”⁷⁰ Detta beror dock på hur parternas kommunikation sett ut i det enskilda fallet. Hellners åsikt torde baseras på att säljaren ofta får sista ordet, dels eftersom orderbekräftelsen

⁶⁷ Hovrätten för Västra Sverige, avdelning 6, 7 mars 1985 i målet Ö 765/84

⁶⁸ Göransson, s. 113

⁶⁹ A. a. s. 114

⁷⁰ Hellner, s. 49

som ofta utgör sista ledet i parternas kommunikation typiskt sett avsänds av säljaren och säljaren dessutom bättre kan förutse tidpunkten för fullgörelse. Köparen ställs dessutom inför omaket att returnera varan om han vill reklamera. När köparen, typiskt sett ett visst antal dagar efter leverans, skall utföra sin prestation torde de flesta vara överens om att bindande avtal uppstått.

Som stöd för *last shot* modellen finns den allmänna tolkningsprincipen om att senare villkor går före tidigare.⁷¹ Även viljeteorin kan fungera rättfärdigande för denna lösning, förutsatt att man betraktar ena partens realhandlande som uttryck för dennes vilja.

Avtalslagen 6 § 1 st. anger att ett svar förenat med bifogande av villkor som avviker från anbudet utgör en oren accept. En oren accept anses som avslag i förening med nytt anbud. Om motparten därefter avger en konkludent accept innebär detta att de villkor som bifogades sist skall anses som avtalsinnehåll. Synen på realhandlande som en konkludent accept, det vill säga att en part genom sitt agerande gett motparten befogad anledning att räkna med att parten vill binda sig, får *last shot* modellen att passa in i den avtalsrättsliga mallen.⁷² I kommentaren till NL 01 anges *the last shot* som en tänkbar lösning, baserat just på att den som levererar eller betalar anses acceptera de villkor som varit aktuella närmast före.⁷³

HD:s resonemang i NJA 1980 s. 46 anger att den part, A, som påbörjat fullgörelse fick anses ha accepterat de villkor som sänts av B innan fullgörelsen inleddes. A fick anses ha varit medveten om att B ansett sig vara bunden endast på dessa villkor. Detta avgörande visar att HD anser att realhandlande i form av fullgörelse skall anses som tecken på godtagande av avtalsvillkor även om någon bekräftelse inte ägt rum. Enligt NJA 1946 s. 122, där staten ansågs betalningsskyldig för byggnadsmaterial som inte hade beställts eftersom förfogande skett, står det klart att inte endast fullgörelse utan även förfogande eller konsumtion av avtalsföremålet kan anses som konkludent accept. Enligt NJA 1961 s. 658, där en kommun efter att ha utkvitterat varor från leverantören ansågs betalningsskyldig, kan konkludent accept ske även på annat sätt. Detta medför att *last shot* modellen kan ”drabba” såväl säljare som köpare, beroende på vem som har bifogat de villkor som sist förts in i avtalsdokumentationen. Håstad anser att den part som presterar eller mottager en prestation bör vara bunden av de senast åberopade villkoren om inte denna part reklamerar inom skälig tid.⁷⁴

Att tillämpa avtalslagen 6 § 2 st. som stöd för *last shot* modellen torde vara mycket svårt ur ett praktiskt perspektiv eftersom det är osannolikt dels att acceptgivaren skulle kunna styrka att han i god tro uppfattat accepten som överrensstämmande med anbudet när nya villkor aktivt lagts till, dels att anbudsgivaren skulle kunna överbevisas med att ha haft insikt om att acceptgivaren i god tro ansett accepten som ren.⁷⁵

⁷¹ Ramberg, Standardavtal, s. 12

⁷² Adlercreutz I s. 70

⁷³ Bergström m.fl. s. 25

⁷⁴ Håstad, NJM 1990 s. 266

⁷⁵ Göransson s. 105

Adlercreutz anser i och för sig att ett tillägg av standardvillkor inte nödvändigtvis behöver innebära att en accept blir oren. Detta förutsätter dock att det varit underförstått exempelvis via branschpraxis att en viss typ av avtal endast sluts på vissa villkor, exempelvis att AB 04 skall tillämpas vid en entreprenad, eller att anbudsgivaren sedan tidigare är medveten om att motparten endast gör affärer på sina egna villkor, exempelvis på grund av en dominerande ställning i branschen.⁷⁶ Eftersom anbudsgivaren i en standardavtalskonflikt har bifogat sina egna villkor är det osannolikt att det skulle kunna anses underförstått att dessa skall ersättas av andra villkor. Enligt Hellner är avtalslagen 6 § 2 st. helt enkelt inte avpassad för att lösa den nu aktuella problematiken.⁷⁷

Således torde en tillämpning av avtalslagen rent juridiskt - tekniskt kunna lösa problemet, antingen via en tillämpning av ogiltighetsmodellen, om ingen av parterna presterat, eller via en tillämpning av avtalslagen 6 § 1 st. Såväl rekvisiten i avtalslagen 6 § 1 st., som praxis kring vad som skall anses utgöra en konkludent accept visar att en tillämpning av *last shot* modellen är teoretiskt förenlig med svensk rätt.

Göransson anser dock att den modell som redovisats ovan inte är speciellt självklar som lösning på en standardavtalskollision. Detta eftersom den part som anses ha avgett en konkludent accept faktiskt, genom att ge uttryck för de villkor denne önskar avtala under, inte kan anses som passiv, utan tvärtom bör anses ha avgett en tydlig viljeförklaring.⁷⁸ Göransson anser även att denna syn på konkludent accept som ett uttryck för verklig vilja, sett mot bakgrund av problemets orsaker, ofta utgör en fiktion.⁷⁹

Även Ramberg och Herre, vilka tar upp *last shot*-modellen i sin kommentar till Art. 19 av den internationella köplagen CISG, en artikel som egentligen berör oren accept, är kritiska i sitt resonemang kring hur denna artikel ställer sig till standardavtalskollisioner.⁸⁰ Värt att notera är att Sverige valt att inte ratificerat den del av CISG som berör avtalsbindningsmekanismen. Skälet till detta är främst att CISG på detta område skiljer sig från svensk rätt, främst genom att anbud är möjliga att återkalla.⁸¹

CISG Art. 19 kan liknas vid en mer detaljerad version av avtalslagen 6 §, där en oren accept betecknas som avslag i förening med nytt anbud när accepten innehåller villkor som väsentligen avviker från anbudet, men där icke-väsentliga förändringar kräver reklamation från anbudsgivaren för att inte ligga till grund för avtalsinnehållet. Vad som utgör väsentliga ändringar definieras i CISG Artikel 19 (3), där bl.a. frågor som rör ena partens ansvar anses väsentliga – något som innebär att bifogandet av flesta standardavtal gör accepten oren.

Om båda parter är överrens om att avtal har ingåtts ger således CISG Art. 19 genomslag åt de sist införda villkoren eftersom detta anses utgöra ett nytt anbud, ett anbud vilket motparten genom att hålla fast vid avtalet får anses ha accepterat.

⁷⁶ Adlercreutz I, s. 64

⁷⁷ Hellner, FJFT 1979 s. 294

⁷⁸ Göransson s.104

⁷⁹ A.a. s. 25

⁸⁰ Ramberg/Herre, s. 163 ff.

⁸¹ Adlercreutz/Dahlström, s. 32

Ramberg och Herre ifrågasätter dock denna lösning eftersom det knappast kan ha varit parternas avsikt att gynna den som gör den sista hänvisningen, särskilt om denne inte uppmärksammat motparten på sina villkor.

De ställer sig frågande till om mekanismen i CISG Art 19 överhuvudtaget lämpar sig för en lösning av standardavtalskollisioner, en synpunkt som även måste anses omfatta en lösning baserad på avtalslagen 6 §. Reglernas syfte är inte att avgöra frågan om kolliderande standardavtal, dessutom rimmar en kombination av dessa regler med giltighetsregeln sällsynt illa eftersom den kan ge incitament till den förlorande parten att inte längre hålla fast vid avtalet. Att söka lösa konflikten genom analogier från befintlig avtalsrätt kan enligt författarna inte göras slumpmässigt, utan måste grundas på ett medvetet val, exempelvis behovet av en klar, förutsebar regel.

Last shot modellens tillämplighet bygger på avtalsbundenhet utan uttrycklig accept. Rättsverkan av passivitet kan således inverka på modellens tillämplighet, förutsatt att den part som låter de sist infogade villkoren stå obestridda verkligen kan anses vara passiv.

NJA 1962 s. 276 har sedan länge varit det ledande avgörandet kring passivitet. Den part som ansågs bunden på grund av passivitet ansågs dels ha framkallat ett anbud från motparten, och dels ha varit i ond tro om att motparten ansett att ett avtal i enlighet med anbudet skulle komma till stånd om reklamation inte kom till stånd inom skälig tid.

I ett relativt färskt avgörande, NJA 2006 s. 638, har HD åter tagit ställning till frågan huruvida passivitet kan vara avtalsgrundande. Avgörandet rörde ett landstings förhandlingar med en privatklinik angående ersättning för klinikens tjänster. Parterna hade förhandlat, och företrädare för kliniken hade därefter översänt ett dokument benämnt "slutlig överenskommelse", för landstingens underskrift. Landstinget undertecknade dock aldrig avtalet, och gav inte heller någon annat uttryck för någon vilja att vare sig binda sig eller reklamera mot innehållet i dokumentet. Trots detta ansågs de bundna vid ett avtal i enlighet med dokumentets innehåll, detta eftersom de inte hört av sig utan oskäligt uppehåll. Dokumentet betraktades som en bekräftelse av ett påstått avtal, och landstinget hade mot bakgrund av sitt agerande att styrka att något avtal inte hade ingåtts.

JustR Håstad tillade ett mer utförligt resonemang kring passivitet för egen del, där han bl.a. ansåg att skyldigheten att reagera kan anses som en allmän princip: *"Upprätthåller man restriktionen, att en passiv mottagare har rätt att styrka att en bekräftelses innehåll var felaktigt, synes det lämpligt att betrakta bestämmelsen i 21 § lagen om handelsagentur som uttryck för en allmän rättsgrundsats. Härigenom tillhandahålls ett instrument för åstadkommande av klarhet, samtidigt som det finns en spärr mot missbruk."*

Även det faktum att landstinget aktivt framkallat dokumentet utgjorde skäl för avgörandet: *"När ett anbud framkallats av mottagaren, särskilt om det föreligger en preliminär uppgörelse, och mottagaren inte bara måste inse att han framkallat anbudet utan också måste inse att anbudsgivaren utgår från att anbudet blivit godtaget om han inte får annat besked, kan det åligga mottagaren - åtminstone om han är näringsidkare men kanske även i andra fall - att reklamera inom skälig tid för att inte bli bunden av anbudet."*

Håstad analyserade även landstingets agerande utifrån avtalslagen 6 § 2st: ”*I det nu aktuella målet förefaller förhandlingarna [...] under alla förhållanden ha kommit så långt att bolaget hade fog för att utgå från att det förslag som bolaget sände över på landstingets begäran [...] och som låg i linje med vad som diskuterats äntligen skulle godtas av landstinget. Landstinget måste ha insett det.*”

HD:s resonemang är relativt kortfattat och kan tolkas på flera sätt. HD lade vikt vid att parterna haft ingående muntliga förhandlingar. Avgörandet kan därför ses som en sanktion mot det tvivelaktiga beteendet att inte reklamera när man genomfört ingående förhandlingar. Även Håstads mer utförliga resonemang kan tolkas i samma riktning. De argument som framförs kan alla härledas till behovet av klarhet och tydlighet i kommunikationen mellan parterna i en avtalsförhandling.

Frågan är huruvida frågan om passivitet har betydelse i en standardavtalskollision. I de båda ovanstående avgörandena har endast en av parterna avgett ett fullständigt förslag till avtalsinnehåll. I en standardavtalskollision kan inte den part som först uppger sina villkor på motsvarande sätt anses ha framkallat motpartens agerande. Det agerande från motparten som den först aktiva parten velat uppnå är snarare acceptans för de ursprungliga villkoren, än avgivande av motstridiga villkor. Inte heller avtalslagen 6 § 2 st. kan åberopas som stöd för bundenhet vid de sist införda villkoren, detta eftersom villkoren regelmässigt avviker på ett så ingripande sätt att de subjektiva rekvisiten omöjliggör en tillämpning av regeln. När endast en part avger en sammanfattning av dennes syn på avtalsinnehållet är det lättare att anse att passivitet skall utgöra ett tyst samtycke, än när båda parter gett uttryck för motstridiga uppfattningar.

Däremot är Håstads resonemang kring lagen om handelsagentur 21 § som uttryck för en allmän rättsgrundsats ett mycket betydelsefullt uttalande eftersom detta kan ses som uttryck för en generell skyldighet i kommersiella förhållanden att reklamera utan oskäligt uppehåll om man anser att en avtalsbekräftelse ger uttryck för ett oriktigt innehåll. Även köplagen 47 §, som visserligen endast berör prisangivelser i fakturor, kan anses ge uttryck för en dylik princip.

Håstads resonemang kan sägas ge *last shot* modellen relevans i en ny tid. Modellen har kritiserats för att bygga på en förlegad syn på avtalsbindningsmekanismen och en orealistisk tolkning av realhandlande som uttryck för partsviljan.⁸² Genom att basera modellen på en allmän reklamationskyldighet rättfärdigas den istället av en allmän lojalitetsplikt, och förs sålunda in i den moderna avtalsrättens fokus på *good faith*, utan att modellen för den skull behöver korrigeras.

Att betona lojalitetsplikten under förhandlingsstadiet kan i och för sig ses som ett ingrepp i avtalsfriheten. Enligt Håstad torde detta dock snarare förbättra marknadens funktion.⁸³ Att lojalitetsplikten är en viktig princip i svensk civilrätt torde vara oomstritt. Principen fyller

⁸² Göransson s. 166

⁸³ Håstad NJM 1990 s. 251

dock snarare funktionen som tolkningshjälpmedel än som en regel varmed man kan argumentera i en tvist.⁸⁴

Ett problem med att dra alltför stora växlar på Håstads resonemang är att det kan vara beroende av de speciella omständigheter som rådde i NJA 2006 s. 638. När man tar del av omständigheterna i målet står det klart att den förlorande parten hade betett sig på ett klandervärt sätt. Att Håstad genom sitt resonemang sökt rättfärdiga en sanktion mot landstinget är inte otänkbart. När en standardavtalskollision uppkommer kan inte endast ena parten på samma sätt sägas ha skuld till det inträffande. Resonemanget är dock enligt min mening mer lämpat att ligga till grund för en lösning av problemet än de försök att hänga upp lösningen på en fingerad partsvilja som förekommit tidigare.

Last shot modellen går, via en tillämpning av avtalslagen 6 § samt synen på fullgörelse som konkludent accept, att tillämpa utan att göra våld på avtalslagens mekanismer. Modellen har fått kritik för att bygga på fiktionen att realhandlande skulle utgöra en verklig viljeförklaring. Håstads resonemang i NJA 2006 s. 638 visar att modellen även är relevant som uttryck för moderna allmänna avtalsrättsliga principer. Det finns således skäl att anse att denna lösning ligger i linje med rättsläget.

De skäl som rent principiellt talar emot en tillämpning av modellen är dock att den förlorande parten i praktiken inte genomfört något verkligt godkännande av de villkor som skall tillämpas, samt att lösningen blir alltför beroende av slumpmässiga faktorer. Dessutom medför denna modell att någon klausulupplösning eller sammanjämkning inte kan ske eftersom den ena parten måste anses ha accepterat motpartens villkor till fullo eller inte alls.

5.3.2 Skyddsklausuler

Vissa standardavtal innehåller klausuler som anger att part endast handlar på sina egna villkor och att andra standardvillkor därmed skall sakna verkan, även om de förts in i avtalet före avtalsslutet. Genom att använda skyddsklausuler kan parterna således själva, avtalsvägen, lösa problemet med kolliderade standardavtal.

Dessa klausuler kan sägas vara en utveckling av integrationsklausuler, som föreskriver viss form för att ändringar eller tillägg skall tillämpas med företräde gentemot ett skriftligt avtal. Även om skyddsklausuler inte förekommer i svenska *agreed documents* är integrationsklausuler vanliga. Den första klausulen i NL 01 är exempelvis en integrationsklausul.

Skyddsklausulers genomslagsverkan är dock oklar. Enligt Hellner har dylika klausuler ringa verkan.⁸⁵ Det är oklart om Hellner syftar på att dessa klausuler skulle strida mot tro och heder och/eller vara oskäligen och därmed inte skulle komma att upprätthållas mot ett åberopande av avtalslagen 33 eller 36 § §, eller om slutsatsen grundas på en tillämpning av avtalstolkningsmodeller.

⁸⁴ Ramberg/Ramberg, s. 36

⁸⁵ Hellner s. 52

Skyddsklausuler är problematiska vid en tillämpning av subjektivt inriktad avtalstolkning eftersom de medför en möjlighet för ena parten att genomdriva sina villkor även om denne är i ond tro rörande motpartens uppfattning om avtalsinnehållet. Enligt den s.k. dolusmodellen, som tillämpas vid illojalitetsinriktad avtalstolkning, skall detta medföra att motpartens tolkningsversion vinner företräde via en analog tillämpning av avtalslagen 6 § 2 st., eftersom den ondtröende parten inte reklamerat mot den godtroendes tolkning.⁸⁶

Denna klargörandeplikt bör medföra att en part som varit medveten om skyddsklausulens existens och utan reaktion mottagit motpartens villkor inte kan förlita sig på att klausulen får genomslag. Dolusmodellen anses visserligen, p.g.a. sina krav på insikt om motpartens insikt, vara svårtillämpad.⁸⁷ Eftersom varje part rimligen måste presumeras ha insikt om innehållet i sitt eget standardavtal, bör dock ett mottagande av villkor från motparten mot bakgrund av NJA 1980 s. 46⁸⁸ innebära att ondtroskravet är uppfyllt i de fall den mottagande parten tillämpar en skyddsklausul, oavsett om verklig insikt varit för handen eller ej. Därmed torde den praktiska användningen av skyddsklausuler vara begränsad, även om de inte skulle anses som oskäligen per se.

Göransson anser att såväl vilje- som tillitsresonemang kan användas som försvar för skyddsklausuler.⁸⁹ Klausulen ger otvivelaktigt uttryck för en bestämd vilja att endast handla på egna villkor. Dessutom kan högre krav ställas på tydligheten hos motpartens reklamation eftersom den part som infogat skyddsklausulen måste anses ha en befogad tillit till att motparten faktiskt tagit del av klausulen.

Att låta dessa klausuler få genomslag skulle dock endast innebära en temporär lösning av problemet; snart nog skulle troligen varje standardavtal innehålla en dylik klausul, vilket gör att grundproblemet kvarstår. Parternas ”upprustning” blir då meningslös. När även motparten översänder villkor som innehåller en skyddsklausul torde det medföra att detta anses som en klar reklamation, vilket leder till ett dödläge där klausulerna tar ut varandra. Att skyddsklausuler infogas i alla standardavtal riskerar att förminska klausulens tydlighet och därmed göra den verkningslös, eftersom den då endast infogas slentrianmässigt och således inte kan rättfärdigas som vare sig uttryck för en bestämd vilja eller som skydd för avsändarens tillit.

Det kan dock finnas anledning att skilja på olika slag av skyddsklausuler. En skyddsklausul som inte är en del av en parts standardavtal, utan förs in i ett huvudavtal där parterna förhandlat fram varje enskilt villkor, besitter en helt annan grad av synbarhet än en klausul som bifogas mer slentrianmässigt.

Problemet med skyddsklausuler i standardavtal är att de invaggar parten i en falsk trygghet eftersom de inte alltid är tydliga för motparten. Genom att tydliggöra sin intention att handla

⁸⁶ Adlercreutz II s. 118 f.

⁸⁷ Ramberg/Ramberg s. 162

⁸⁸ I NJA 1980 s. 46 förutsattes att den part som tappade målet var insatt i de villkor motparten bifogat. Detta eftersom HD lade vikt vid att den tappande parten måste ha insett att motparten inte ämnade handla på andra villkor än de som bifogats.

⁸⁹ Göransson s. 97

enbart på sina egna villkor ställs motparten inför en möjlighet att antingen avsluta förhandlingarna eller inte kunna hänvisa till sina egna villkor.

Så länge en skyddsklausul är synbar finns inga skäl för att inte ge den samma effekt som andra klausuler i avtalet. Rätt använda kan dessa klausuler förebygga konflikter och skapa klarhet. UNIDROIT Principles ger dessa speciella skyddsklausuler genomslag, mer om detta nedan (avsnitt 6.1.1).

5.3.3 Modeller som tar hänsyn till avtalets karaktär

5.3.3.1 *Analogi från Internationell Privaträtt*

Adlercreutz anger att man kan tänka sig att det ligger närmare till hands att ge naturagäldenärens villkor företräde, eftersom denne typiskt sett offererat ett visst pris mot bakgrund av innehållet i dennes standardvillkor. Detta kan dock enligt Adlercreutz inte tillämpas generellt med tanke på den vikt omfattande inköp kan ha för vissa företag.⁹⁰ Även Gorton refererar till en lösningsmodell som tar större hänsyn till säljarens villkor, eftersom friskrivningar kan ha en stor betydelse för en varas pris.⁹¹

Eftersom standardavtal till sin funktion kan ses som ett substitut för dispositiv rätt, kan en parallell dras till den i Romkonventionen införda internationellt privaträttsliga principen om tillämpning av säljarens lands lag.⁹² Existensen av denna måhända onyanserade, men klara och entydiga princip talar för att en tänkbar lösningsmodell skulle kunna vara att tillämpa säljarens villkor, eventuellt kombinerat med en säkerhetsventil kopplad till någon objektiv norm. Motivet för den internationellt privaträttsliga principen är att säljaren, vars prestation är kringgärdad av väsentligt fler regler än köparens, skall kunna offerera ett visst pris baserat på de regler för felansvar m.m. denne är bekant med.⁹³ Detta motiv bör ha viss tyngd även på det kontraktsrättsliga området.

Situationen med dispositiv rätt skiljer sig dock från en standardavtalskollision eftersom den dispositiva rätten typiskt sätt inte är ägnad att ge inhemska exportföretag konkurrensfördelar, utan normalt utgör en balans mellan intressena hos en typisk köpare och en typisk säljare.

En annan skillnad är att en lagvalsklausul har företräde framför Romkonventionen.⁹⁴ Dessutom kan parterna genom bruk av avtal reglera bort valfria delar av den dispositiva rätten. Eftersom skyddsklausuler i standardavtal torde sakna verkan, om de inte gjorts särskilt synbara, saknas motsvarande valfrihet vad gäller val av tillämpligt standardavtal, och köparen kan således vid en tillämpning av denna lösningsmodell missgynnas eftersom modellen ger ett starkt incitament till säljaren att inte förhandla, utan att istället diktera avtalsinnehållet genom att rutinmässigt infoga sina egna villkor. Även om säljaren skulle vara i ond tro om att köparen inte går med på villkoren uppkommer bevissvårigheter som kan gynna säljaren.

⁹⁰ Adlercreutz II s. 73

⁹¹ Gorton s. 69

⁹² Egentligen lagen i det land vilket hyser den part som utför den för avtalet karakteristiska prestationen, Romkonventionen Art. 4.2, i praktiken således säljaren.

⁹³ Pålsson s. 55

⁹⁴ Romkonventionen Art. 3.1

5.3.3.2 *Hänsyn till handelsbruk*

En metod som måste anses gynna utvecklingen av balanserade standardavtal är att tillämpa det avtal som bäst överensstämmer med etablerade uppfattningar om vad som är en lämplig lösning på ett visst område. På detta sätt gynnas den part som tillämpar det, ur objektiv synvinkel, skäligaste standardavtalet. Måttstockar för bedömningen kan hämtas från dispositiv rätt, *agreed documents* eller handelsbruk. Om dylika källor saknas kan domstolen göra analogier från lösningar som skapats för transaktioner som ligger nära den omtvistade.

På detta sätt skulle den som hänvisar till ett *agreed document* i allmänhet vinna en tvist mot en part som hänvisar till egenkomponerade, och typiskt sett mer ensidiga villkor, något som förordas av Ramberg.⁹⁵

Jämförelsen med en objektiv norm kan även anses skapa förutsebarhet eftersom parterna har en måttstock att förhålla sig till. Detta torde dock i praktiken vara en fiktion eftersom det förutsätter att parterna besitter en högt utvecklad juridisk bedömningsförmåga. Den förutsätter att parterna inte bara förmår bedöma avtalen som helheter utan att de dessutom, genom att jämföra vardera av dessa helheter mot ett annat normpaket, skall kunna slå fast olika nivåer av överensstämmelse.

Följden torde bli att domstol eller skiljenämnd får i uppdrag att utföra dessa bedömningar i efterhand, i en process där parterna dessutom har starka incitament till att föra bevisning rörande existensen eller frånvaron av olika normer inom deras bransch.

Rent processekonomiskt, samt ur ett förutsebarhetsperspektiv, kan den därmed innebära lika otillfredsställande lösningar som den fria tolkningens metod, samtidigt som den materiella rättvisa som denna metod erbjuder inte blir följd av den här redovisade metoden, eftersom den kräver att objektiva normer får stort utrymme i bedömningen, på bekostnad av en bedömning centrerad till parterna och deras situation.

Metoden kan dock vara användbar vad gäller tidigare etablerat partsbruk. NJA 1948 s. 620 visar att förändring av partsbruk kräver aktivitet. När två parter sedan länge använt sig av ett visst standardavtal måste det ställas höga krav på tydlighet hos den part som vill bifoga nya villkor.⁹⁶

Vad gäller handelsbruk blir situationen mer komplicerad. Det är högst oklart huruvida vissa etablerade standardavtal kan ses som handelsbruk. Även om NJA 1980 s. 46 redovisas som ett avgörande i vilket HD ställde sig positiv till bruket av standardavtal, så föreligger ingen HD-praxis som förordar att vissa avtal skulle utgöra handelsbruk.⁹⁷ Göransson påpekar att någon egentlig lösning av problematiken inte står att finna genom att betrakta vissa standardavtal som handelsbruk. Detta eftersom resonemanget haltar så snart utländska parter, som knappast kan anses bundna av nationellt handelsbruk, blandas in.⁹⁸ Överhuvudtaget torde

⁹⁵ Ramberg/Ramberg s. 144

⁹⁶ Göransson s. 126

⁹⁷ Adlercreutz II s. 68

⁹⁸ Göransson s. 125

internationaliseringen göra det svårare att anse att vissa avtal utgör handelsbruk, eftersom de flesta större företag har erfarenhet från olika lösningar i olika rättssystem.

Snarare än att utgöra en självständig lösning på problemet, kan hänsyn till handelsbruk i en viss bransch vara ett av flera tolkningsdata när rätten väljer att lösa konflikten via fri tolkning och utfyllnad.

5.3.4 Fri tolkning och utfyllnad

En metod som prioriterar målet att uppnå ett rättvist resultat i det enskilda fallet är att låta rättstillämpningen slita standardavtalskollisionen enligt de normer som gäller för avtalstolkning – d.v.s. fri tolkning och utfyllnad, anpassad till situationen i det enskilda fallet.

Hänsyn kan således tas till såväl objektiva som subjektiva faktorer, vad gäller tolkningen och till förhållanden utanför parternas kontroll, såsom branschpraxis och dispositiv rätt, vad gäller utfyllnaden. I kommentaren till NL 01 anges att en lösning av en standardavtalskonflikt torde bli beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.⁹⁹ Om detta syftar på en lösning via fri tolkning och utfyllnad, eller att avgörandet beror av tidsaspekter enligt en *shot*-modell framgår dock ej. Att det är lämpligt att bedöma varje fall på sina egna meriter är en åsikt som har stöd i doktrinen.¹⁰⁰ Bernitz har dock kritiserat metoden såsom inte tillräckligt förutsebar.¹⁰¹

Denna typ av rättstillämpning beskrivs emellanåt som en ”*black box-metod*”, där samtliga rätts- och bevisfaktum först matas in i domstolsmaskineriet, som därefter producerar en lösning av tvisten utan att någon egentligen kan sätta fingret på vad som varit avgörande för resultatet.¹⁰² Även om många försök gjorts att systematisera den fria tolkningen och utfyllnaden, ligger det i sakens natur att senare avgöranden inte alltid kan bygga på ur tidigare avgöranden framvaskade principer och metoder. Varje tvist har sina speciella förutsättningar.

Denna elasticitet är metodens främsta styrka, men samtidigt dess största svaghet. Metoden är, förutsatt att båda parter har lika resurser att föra sin talan och man betraktar rättstillämpningen som en garant för en opartisk process, absolut rättvis. Denna rättvisa har dock ett pris – en ökad svårighet att förutse rättsläget och därmed kunna undvika konflikter.

Göransson anser att en helt fri tolkning och utfyllnad som medel att lösa standardavtalskonflikter skulle vara ofördelaktig ur ett processekonomiskt perspektiv.¹⁰³ Att båda parter i en konflikt är osäkra på utgången i en process kan mycket väl leda till ökad processbenägenhet i stridens hetta, men i och för sig även att parternas osäkerhet leder till en ökad benägenhet att ingå en förlikning.

Traditionell tolkning bygger i viss mån på subjektiva rekvisit. Någon av parterna anses ofta bära skulden till att dissens har uppstått. Hänsyn tas till den tillit någon av parterna har haft

⁹⁹ Bergström m.fl. s. 25

¹⁰⁰ Ramberg/Ramberg s. 146, Adlercreutz II, s. 74

¹⁰¹ Bernitz, JT 1989/90 s. 361 ff.

¹⁰² Ramberg/Ramberg s. 147

¹⁰³ Göransson s. 169

anledning att ställa till någon av motpartens dubbeltydigheter.¹⁰⁴ I en standardavtalskollision riskerar ofta dessa metoder att inte ge någon ledning eftersom båda parter slentrianmässigt bifogat sina villkor. Ingen av parterna kan sägas ha större skuld än den andre till problemet uppstått och ingen av parterna har haft anledning att sätta tillit till några andra villkor än de egna.

En principiell invändning mot bakgrund till orsakerna till att problematiken uppstår är att traditionell tolkning har till syfte att avgöra vem av parterna som vinner målet. Detta innebär naturligtvis att någon måste förlora. När ingen av parterna kan sägas vara mer i skuld än den andre till att problemet uppstått kan egentligen oväsentliga faktorer, eller rena fiktioner bli avgörande. Att fullgörelse skulle utgöra en konkludent accept eller att en accept med bifogade standardvillkor skulle vara ren eftersom reklamationen anses otydlig måste anses utgöra fiktioner, eftersom de avviker från hur båda parter torde ha uppfattat situationen. Att ingen av parterna sökt klargöra vad som egentligen gäller innan fullgörelse visar att de inte uppmärksammat problemet. Att i efterhand söka passa in slentrianmässigt agerande i rättsprinciper vars syfte är att skydda parter subjektiva tillit och vilja är inte en trovärdig lösning eftersom den vinnande parten då inte är den som principerna egentligen avser att skydda, utan den som hade turen att någon faktor ledde till att vågskålen vägde över.

Att en domstol skulle tillämpa en fri tolkningsmetod om en standardavtalskonflikt skulle nå rättstillämpningen är dock en trolig prognos. Detta eftersom denna metod typiskt sett tillämpas i civilrättsliga tvister där handlingsdirigerande normer saknas, exempelvis mål rörande fastställande av avtalsinnehåll.

5.4 Ingen part ges företräde

5.4.1 Tillämpning av dispositiv rätt

Eftersom parterna i en standardavtalskollision genom bristande hantering av avtalsprocessen själva givit upphov till problematiken kan man tycka att de inte förtjänar skydd av de normer de uppenbarligen inte varit tillräckligt angelägna vinna tillämpning av. På många områden har lagstiftaren infört regler som inte anses missgynna någon av parterna. Att låta dessa vällavvägda normallösningar träda in istället för de typiskt sett mer vinklade villkoren hos någon av parterna måste dessutom anses som en balanserad lösning, särskilt mot bakgrund av de i viss mån godtyckliga lösningsmodeller som redovisats ovan. Redan av köplagen 3 § analogt följer att endast villkor som kan betraktas som avtalsinnehåll skall tillämpas med företräde för dispositiv rätt.

Krüger anser att dispositiv rätt bör tillämpas när några slutsatser inte kan dras av parternas agerande eller av subjektiva faktorer. Att då låta någon *shot*-modell avgöra tvisten riskerar att leda till "tilfeldige og vilkårlige resultater".¹⁰⁵

Ett problem är att parterna kanske varit angelägna om betydelsen av att en viss klausul skall tillämpas, exempelvis en skiljeklausul. Det skulle bryta helt med synen på partsviljan som den

¹⁰⁴ Se Adlercreutz II, s 118 ff.

¹⁰⁵ Krüger s. 496

viktigaste faktorn vid avtalstolkning, om rätten gav parterna valet mellan allt eller inget – antingen någon uppsättning villkor eller dispositiv rätt.

Kombinerat med klausulupplösning – som enligt min mening alltid måste vara en utgångspunkt – kommer dock saken i ett annat läge. Nu kan parterna få in de delar av sina villkor som de är överrens om – övrigt avtalsinnehåll fylls ut av dispositiv rätt.

Problemet är att båda parter i och för sig kan vara överrens om att inte tillämpa de lösningar som råder i dispositiv rätt även om de inte är överrens om villkorens närmare utformning. Köparen kan exempelvis hänvisa till ett balanserat standardavtal som NL 01 medan säljaren hänvisar till hemkomponerade villkor som begränsar hans ansvar ytterligare. Att i så fall tillämpa köplagen skulle ge köparen förmånligare villkor än vad han själv velat gå med på. Parterna är i vart fall eniga om att säljarens ansvar skall vara mer begränsat än enligt köplagen.

Ett annat problem är skiljeklausuler. En standardavtalskollision där ena parten, en kinesisk importör, yrkat på skiljeförfarande med tre skiljemän enligt ICC:s regler, i Hong Kong, på engelska och med tillämpning av internationellt handelsrätt, och där andra parten, en bohuslänsk exportör, vill ha ett förenklat skiljeförfarande i Göteborg på engelska enligt Stockholms handelskammars regler, med tillämpning av svensk rätt, kan leda till en svår konflikt eftersom vardera partens kostnader påverkas betydligt beroende på vilket alternativ som väljs.

Samtidigt är en process i Uddevalla tingsrätt, på svenska, vilket skulle bli följden av en tillämpning av romkonventionen och svensk dispositiv rätt, ett alternativ som båda parter skyr än värre eftersom det kinesiska ombudet inte behärskar språket, och ledningen för det svenska företaget vill undvika att konflikten når offentligheten.

I NJA 1979 s. 666, som rörde ett kommersiellt förhållande, medgav HD att en skiljeklausul kunde underkännas enligt avtalslagen 36 §. Parterna fick göra upp i allmän domstol. Frågan är om HD skulle tillämpa dispositiv rätt när båda parter yrkat på skiljeförfarande, låt vara enligt olika regelverk. Göransson tolkar avgörandet NJA 1979 s. 483 som ett uttryck för att HD avvisat en tillämpning av dispositiv rätt när båda parter önskat en avtalslösning.¹⁰⁶ Fallet rörde felansvar, och parterna hade hänvisat till ett standardavtal. Frågan i målet var hur dessa skulle tolkas. Köparen åberopade delar av den då gällande köplagen som stöd för sin tolkning. HD resonerade kring huruvida köplagen utgjorde stöd för köparens tolkning av en friskrivning i standardvillkoren, men fann att *”köplagen är i många avseenden otidsenlig i moderna industrisammanhang”*. Visserligen rörde uttalandet 1905 års köplag, men en jämförelse mellan 1990 års köplag och NL 01 visar att stora delar av även denna lag är i otakt med näringslivspraxis.

¹⁰⁶ Göransson s. 119

Enligt Göransson utgör avgörandet stöd för att HD skulle vara ovillig att låta motstridiga klausuler slå ut varandra till förmån för dispositiv rätt. Genom bruket av standardavtal har parterna varit tydliga med att de valt bort dispositiv rätt.¹⁰⁷

Att låta dispositiv rätt fylla ut de klausuler parterna inte har enats om kan i och för sig ses som en åtgärd som förbättrar förutsebarheten och minskar processkostnaderna. Båda parter ges incitament att vara mer noggranna vid avtalsslutet, eftersom eventuell dissens kan medföra nackdelar för båda parter. Samtidigt utesluts möjligheten för ena parten att spekulera i motpartens misstag, detta eftersom den dispositiva rätten får anses vara en väl avvägd normallösning. Eftersom endast samstämmiga klausuler tillämpas slipper parterna och rätten lägga tid och resurser på argumentation om vilket av parternas avtal som skall tillämpas.

Frågan är dock om HD skulle föredra att låta parternas villkor ta ut varandra framför att låta ena partens villkor få genomslag. Svaret torde bli att det beror på hur parterna lagt upp sin talan. NJA 1979 s. 666 visar att det även i kommersiella förhållanden, med stöd av avtalslagen 36 §, går att vinna framgång med ett yrkande på tillämpning av dispositiv rätt trots att ett avtal ingåtts. Det finns dock ingen praxis som tyder på att HD på eget bevåg skulle bortse från parternas villkor till förmån för en tillämpning av dispositiv rätt. Yrkar båda parter att deras eget avtal skall tillämpas är HD bunden av dessa yrkanden.

5.5 Sammanfattning

Detta avsnitt utgör en ansats till prognos kring hur högsta domstolen skulle resonera om de skulle slita en tvist som involverar en standardavtalskollision.

Eftersom det inte existerar någon praxis som direkt behandlar problemet har analysen baserats på avgöranden där andra frågor varit i fokus. Detta leder naturligtvis till att det är svårt att ge en tydlig prognos. Vissa lösningar är även beroende av parternas yrkanden. Att rätten skulle tillämpa klausulupplösning följer snarare av att parterna förväntas avgränsa tvistens föremål till sådana klausuler vars tillämpning de inte är överrens om än av praxis, även om NJA 1977 s. 92 tyder på att HD inte ser parternas respektive uppfattningar om avtalet som två oupplösliga paket.

Slutsatsen måste ändå bli att två av de ovan redovisade lösningsmodellerna måste anses som mer trovärdiga. Avtalslagens tekniska uppbyggnad, praxis kring realhandlande som uttryck för konkludent accept talar för att *last shot* modellen skulle kunna tillämpas utan att detta skulle kunna anses strida mot befintlig praxis.

JustR Håstad har i NJA 2006 s. 638 utvecklat sin syn på reklamationsplikten som ett uttryck för en allmän lojalitetsplikt. Eftersom detta är ett enskilt uttalande har det ett oklart värde. Håstad måste dock anses ha ett starkt inflytande, och under hans tid som justitieråd har en uppdatering av praxis på flera centrala civilrättsliga områden skett. Förutom NJA 2006 s. 638 kan nämnas NJA 2007 s. 86, där praxis rörande fastighetssäljares upplysningsplikt modifierades. Håstads uppfattning att lagen om handelsagentur 21 § ger uttryck för en allmän rättsgrundsats kan därför tolkas som ett uttryck för att HD skulle kunna beakta

¹⁰⁷ A.a. s. 119

lojalitetsplikten som en faktor i bedömningen av en standardavtalskollision. *Last shot* modellen skulle kunna tillämpas även mot bakgrund av denna bedömning.

Att den särskilda situationen i en standardavtalskonflikt skulle leda till att rätten gör en mer nyanserad bedömning med beaktande av samtliga, såväl objektiva som subjektiva, tolkningsdata är även det en trolig prognos. Denna modell tar hänsyn till att standardavtalskollisioner kräver en särskild bedömning eftersom de inte passar in i den avtalsrättsliga mallen även om inriktningen på att finna en vinnande och en förlorande part enligt min mening passar mindre väl eftersom båda parter kan sägas ha skuld till problemet. Att tillämpa fri tolkning och utfyllnad är det normala tillvägagångssättet när en oklar rättsfråga skall avgöras. Hänsyn till handelsbruk och innehållet i *agreed documents* kan här vara en viktig komponent vid tolkningen, snarare än att som självständig lösning avgöra tvisten.

Troligen skulle HD medge att vissa skyddsklausuler ges verkan, förutsatt att de anses som tydliga och synbara. Stöd för denna uppfattning kan hämtas från det faktum att HD i NJA 1980 s. 46 betonat subjektiva faktorer. Det är helt enkelt svårare för motparten att hävda att man i god tro kunnat bortse från en så pass ingripande klausul. Eftersom klausulen även är ett tydligt uttryck för att en parts villkor inte är förhandlingsbara torde även kravet på godtagbar reklamationsverkan ställas högre. Skyddsklausuler som infogats som spekulation om motpartens misstag bör däremot avfärdas enligt grunderna för de så kallade *dolus-* och *culpamodellerna*.

Att HD självmant skulle låta parternas villkor ta ut varandra och ersätta dessa med dispositiv rätt är i och för sig ett utslag av köplagen 3 § *e contrario* – kan inte parterna anses ha kommit överrens om något visst avtalsinnehåll skall dispositiv rätt tillämpas. Respekt för kommersiella realiteter kan dock medföra att HD skulle vara obenäga att tillämpa dispositiv rätt när båda parter – låt vara i olika grad – önskat en avvikelse.¹⁰⁸ Processuella regler medför dessutom att rätten knappast mot parternas yrkanden kan använda denna modell. Om en part skulle yrka tillämpning av dispositiv rätt torde dock bifall till detta yrkande inte stå i strid med befintlig praxis.¹⁰⁹

Det finns ingen svensk praxis som kan användas som omedelbart stöd för en tillämpning av *first shot* modellen. Den tillitsgrundsats som används som argument för modellen kompliceras av att båda parter får sägas bära skuld till det inträffade. Göransson påpekar att det är detta angrepp på själva bevekelsegrunden för modellen som medför att den inte torde kunna tillämpas.¹¹⁰ Opublicerad hovrättspraxis visar även att översändelse av standardvillkor kan ges reklamationsverkan, vilket i så fall medför att reklamationsplikten åter flyttas över till den part som mottagit de sist infogade villkoren. Bernitz anser att *first shot* modellen överhuvudtaget är svår att förena med avtalsrättens allmänna uppbyggnad, särskilt mot bakgrund av reglerna om oren accept.¹¹¹

¹⁰⁸ NJA 1979 s. 483

¹⁰⁹ Göransson, s. 123

¹¹⁰ A.a. s. 123

¹¹¹ Bernitz, JT 1989/90 s. 364

Alternativet att in dubio ge företräde åt naturagäldenären har alltför många brister för att utgöra en lämplig lösning. Denna lösning har visst stöd i doktrinen, men stöd i praxis saknas. Att HD skulle försöka sig på en helt ny lösning genom att ta intryck av IP-rättsliga lösningar framstår som mindre sannolikt.

6 Komparativ utblick

6.1 Lex Mercatoria

Lex Mercatoria är en samlingsbeteckning på allmänna avtalsrättsliga principer i internationella kontraktsförhållanden.¹¹² Begreppet har existerat sedan lång tid, men principernas betydelse som självständig rättskälla dog mer eller mindre ut i samband med att civilrätten i många länder kodifierades på nationell nivå under slutet av 1800-talet. På senare år har dock dessa allmänna principer fått nytt liv via kodifiering på internationell nivå. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts ("UNIDROIT Principles") har ett internationellt perspektiv, och har baserats på internationellt handelsbruk, lösningar i olika nationella regelverk samt praxis från internationella skiljeförfaranden.¹¹³ UNIDROIT Principles är inte menad att utgöra en konvention, och den är således inte bindande för andra parter än de som valt att hänvisa till den i en tvistlösningsklausul.

Principles of European Contract Law ("PECL") har ett europeiskt perspektiv. Målet har varit att utarbeta ett förslag till en gemensam civilkod för Europa. Projektet har ingen politisk förankring, utan har utarbetats av ledande akademiker.¹¹⁴

Dessa projekt saknar således formell status som rättskälla. Trots detta bör de enligt min åsikt beaktas vid försök att finna lösningar på oklara rättsfrågor, detta eftersom de utgör en konkret kodifiering, utförda av ledande nationella experter, av det mytomspunna och vaga begreppet "allmänna avtalsrättsliga principer". Kodifieringarna redovisar även väl genomarbetade normallösningar ur ett internationellt perspektiv.¹¹⁵

6.1.1 UNIDROIT Principles

Artikel 2.1.22 behandlar *the Battle of the Forms*. Artikelnen anger för det första att parterna skall anses bundna av avtalet även om de båda hänvisat till sina standardvillkor. Avtalet skall anses ingått på de villkor som är gemensamma. För det andra ger artikelnen parterna möjlighet att, genom en tydlig reklamation, undvika bundenhet vid ett sådant avtal. Denna reklamation kan ges såväl i förväg som i efterhand, förutsatt att detta sker inom rimlig tid, "without undue delay".

UNIDROIT Principles ansluter sig till således till klausulupplösning, dock torde detta egentligen utgöra ett uttryck för giltighetsregeln, snarare än en ansats till en fullständig lösning av problematiken. Kommentaren till UNIDROIT Principles avvisar de lösningar som bygger på avtalsmekanisk grund eftersom de antingen leder till ogiltighet, eller till en

¹¹² Ramberg, JT 1995-96 s. 656

¹¹³ Hultmark, JT 1995-96 s. 662

¹¹⁴ Ramberg, SvJT 2004 s. 459

¹¹⁵ Hultmark, JT 1995-96 s. 668

tillämpning av *last shot* modellen. Det betonas att parterna inte bör ges anledning att ifrågasätta avtalet som helhet, och det saknas enligt kommentaren skäl till att ge det sist införda avtalet fördelar om inte den parten särskilt betonat sitt avtal.¹¹⁶

Kommentaren anger inte vad som bör träda istället för de oförenliga villkoren, men eftersom parterna inte anses ha enats om annat avtalsinnehåll än de klausuler som är gemensamma torde den praktiska konsekvensen bli att den dispositiva rätten i säljarens land tillämpas.

Eftersom en part ges möjlighet att reklamera i förväg godtar UNIDROIT Principles särskilt synbara skyddsklausuler. Som del av ett standardavtal anses de dock inte tillräckligt klara.¹¹⁷ Har en part dock explicit vägrat att bli bunden av motpartens villkor, antingen muntligt eller via en klausul i ett framförhandlat avtal anses detta synbart nog att få genomslag.¹¹⁸ En dylik reklamation får inte heller ske efter att alltför lång tid har förlupit.¹¹⁹ Följden av en standardavtalskollision blir då att inget kontrakt anses upprättat.¹²⁰ Rimligen uteslutas denna reklamationsmöjlighet när fullgörelse inletts, i annat fall skulle den rimma illa med det fokus på giltighet som artikeln i övrigt ger uttryck för.

6.1.2 Principles of European Contract Law

PECL Artikel 2:209 behandlar kolliderande standardavtal. Artikeln påminner om motsvarande artikel i UNIDROIT Principles; parterna skall inte kunna frånträda avtalet, utan skall anses bundna av de klausuler som är gemensamma; parterna ges möjlighet att reklamera såväl i förväg som inom rimlig tid efter villkoren har utväxlats. Skyddsklausuler i standardvillkor anses uttryckligen inte kunna utgöra en tillräckligt tydlig reklamation.

I kommentaren beskrivs standardavtalskollisioner som ett inte ovanligt problem, och att problemet fortfarande framstår som oklart beskrivs som överraskande. Den nederländska civillagens *first shot* lösning¹²¹, liksom den *last shot* lösning som utvecklats i engelsk rättspraxis (se avsnitt 6.2 nedan) beskrivs som otillfredsställande och överdrivet formalistiska eftersom de tillmäter tidsaspekten alltför stor inverkan.¹²² En lösning som fokuserar på avtalsinnehållet, snarare än på avtalsmekanismen, anses ligga mer i linje med dagens kontraktsrättsliga paradig.

PECL har således avvisat de lösningar som låter en part gå segrande ur konflikten, till förmån för en sammanjämkning. Avtalet skall anses slutet på de villkor som är gemensamma. Ordalydelsen skall, när det gäller att avgöra avtalens samstämmighet, spela en underordnad roll i förhållande till klausulernas substans.

¹¹⁶ UNIDROIT Kommentaren s. 62

¹¹⁷ Letterman s. 141

¹¹⁸ UNIDROIT, Kommentaren s. 62 f.

¹¹⁹ Hedwall s. 46

¹²⁰ UNIDROIT Principles, Art. 2:209 (2), samt Art. 2:22

¹²¹ Art. 6:225 (3) i den Nederländska civillagen.

¹²² Wilhelmsson, Towards a European Civil Code, s. 438

Problemet att avgöra vad som skall fylla ut de delar av parternas standardavtal som är oförenliga, löses genom att låta dispositiv rätt träda in. Syftet är att uppnå genomslag för regler som tar hänsyn till avtalstypens karaktär.¹²³

6.2 England

Eftersom stora delar av avtalsrätten är helt okodifierad har den engelska högsta domstolens, *the House of Lords*, avgöranden rollen som den primära rättskällan. Detta leder till en rättsutveckling ”stötvis” eftersom domstolens måtillströming, snarare än utvecklingen av nya rättsfigurer i samhället, är avgörande. När en princip kan utläsas från praxis anpassar jurister avtalsutformningen efter dessa principer, vilket innebär att avtalen ofta utformas på ett gammalmodigt sätt eftersom hänsyn tas till äldre praxis. Engelsk avtalsrätt kan därför beskrivas som mer formalistisk än den svenska.¹²⁴

6.2.1 Praxis

I England har den allmänna avtalsbindningsmekanismen blivit avgörande för utgången i de mål som berör standardavtalskollisioner. Antalet mål som berör rena standardavtalskollisioner är få, men praxis visar på att en lösningsmodell som ligger *the last shot* nära måste anses dominerande.

Det ledande avgörandet vad gäller den allmänna avtalsbindningsmekanismen är *Gibson v. Manchester City Council* (1978). Målet rörde en ombildning av en kommunal hyresrätt till en bostad med äganderätt. Hyresgästen hade fått ett brev från kommunen där de angav att de kunde vara beredda att sälja huset, och hyresgästen hade även fyllt i en formell ansökan om att få göra detta. Huset var uppsatt på en lista hos kommunen över hus ägda av de boende och hyresgästen hade även lagt ned medel på förbättringar av huset.

The House of Lords ansåg att bindande avtal inte hade kommit till stånd. Kommunens brev ansågs inte ha utgjort ett anbud, utan endast ett utbud, en *invitation to tender*. Hyresgästens ansökan ansågs ha utgjort ett anbud, som dock aldrig besvarades med en accept. Det mest intressanta med avgörandet är att domstolen uttryckligen slog fast att anbud-accept modellen är en huvudregel, och om dessa komponenter saknas föreligger, utom i exceptionella fall, inget avtal. Lord Denning var skiljaktig; genom att analysera samtliga omständigheter fann han att parterna hade avtalat om att hyresgästen skulle få möjlighet att köpa huset.

Detta avgörande anses ha högst auktoritet på området, och har fått stå oemotsagt i senare praxis.¹²⁵ I England anses således avtalsbindning genom anbud-accept vara en regel, snarare

¹²³ A.a. s. 439

¹²⁴ Exempelvis har många engelska avtal med en skrivelse om att avtalet innebär såväl rättigheter som skyldigheter för båda parter, och att båda parter således har gett ”*consideration*” för den andres prestation enligt avtalet. Kravet på *consideration* innebär förenklat att ett avtal där inte något utbyte av nytta sker mellan parterna är ogiltiga. Parternas prestationer behöver dock inte stå i värdemässig överensstämmelse, utan även en symbolisk prestation kan utgöra *consideration*. Gåvoavtal förekommer således inte, utan måste uttryckas i en ”*deed*”, en slags motsvarighet till skuldebrev. Detta medför att avtal blir svåra att anpassa till ändrade förutsättningar eftersom ena parten inte kan efterge sina krav utan att motparten ger en motprestation.

¹²⁵ Cartwright s. 98

än en möjlighet bland flera.¹²⁶ Detta får genomslag för lösningen av standardavtalskonflikter, vilket visas av nedanstående avgöranden.

Avgörandet B.R.S. v. Arthur V. Crutchley Ltd (1967) rörde ett avtal om lagring av whisky, och utgör exempel vad som idag måste anses som en ovanlig metod att inkorporera standardvillkor. När käranden lämnade av whiskypartiet vid lagret överlämnade chauffören en fraktsedel, vilken hänvisade till kärandens standardvillkor. Denna stämplades av mottagaren, med ett meddelande om att godset mottagits på mottagarens villkor. Enligt rätten sågs denna stämpel som en oren accept av de villkor chauffören överlämnat. När varorna lämnades in förelåg en realaccept. Käranden fick således finna sig i att motpartens villkor fick genomslag enligt en klassisk tillämpning av *last shot* modellen.

Butler Machine Tool Co. Ltd. V. Ex-cell-O Corpn.(England) Ltd. (1979), ett avgörande från den engelska överinstansen *the Court of Appeal*, är ett avgörande som tydligt visar både på bundenheten till en formalistisk avtalsbindningsmodell, liksom på komplexiteten i standardavtalskollisioner. Såväl säljare som köpare hänvisade till sina villkor vid flera tillfällen.¹²⁷

Omständigheterna i avgörandet var att en säljare av maskinverktyg hade offererat en vara efter att en förfrågan från köparen först hade framställts. Varan skulle tillverkas för köparen, och leverans kunde därför ske först tio månader från orderdatum.

Offerten innehöll en hänvisning till säljarens standardvillkor, vilka bl.a. innehöll en skyddsklausul som angav att säljarens villkor skulle vinna företräde framför köparens standardvillkor i en eventuell framtida order. Standardvillkoren innehöll även en prisjusteringsmekanism, vilken angav att priset skulle fastställas först vid leveranstidpunkten.

Köparen sände därefter säljaren en inköpsorder, vilken hänvisade till köparens standardvillkor. Dessa avvek väsentligt från säljarens villkor, bl.a. fanns ingen prisjusteringsklausul. Till säljarens orderformulär var fäst ett kvitto, avsett att rivas av och återsändas som orderbekräftelse. Kvittot angav att säljaren förband sig att utföra leveransen på de villkor som återfanns på köpordern. Säljaren signerade kvittot och återsände detta till köparen tillsammans med ett brev som angav att ordern skulle komma att utföras i enlighet med villkoren i säljarens tidigare lämnade offert.

Vid leveransen hävdade säljaren att priset, med hänsyn till prisjusteringsklausulen i standardvillkoren, hade stigit. Köparen vägrade, med hänvisning till att säljaren var bunden av dennes standardvillkor, att betala mer än listpriset vid ordertillfället.

Underinstansen gav, genom att ta hänsyn till skyddsklausulen i de ursprungliga villkoren, säljaren rätt. Köparen valde att överklaga till *the Court of Appeal*.

Rätten slog till att börja med fast att parterna hade ingått ett avtal. Majoriteten tillämpade därefter en lösning baserad på oren accept, där köparens order ansågs som avslag i förening

¹²⁶ A. a. s. 98

¹²⁷ För en omfattande presentation av avgörandet, se Mc Kendrick s. 92 ff.

med nytt anbud, ett anbud som säljaren ansågs ha accepterat i och med orderbekräftelsen. Att säljaren i det brev som bifogats bekräftelsen hänvisat till villkoren i offerten ansågs inte återhänvisa till villkoren, utan endast att identifiera transaktionen.

Ur en avtalsmekanisk synvinkel kan det tyckas märkligt att säljarens referens till de ursprungliga villkoren kombinerat med köparens mottagande av varan inte bedömdes som en oren accept, och därmed nytt anbud, kombinerat med en konkludent accept. Avgörandet *Trollope & Colls Ltd. v. Atomic Power Constructors Ltd.* (1962), ett avgörande som citeras i domen, kan vara förklaringen till att majoriteten inte fäste vikt vid detta. Enligt avgörandet anses nämligen gälla gälla att "*the counter-offer kills the original offer*". Således torde det krävas mer än en enkel referens för att "väcka det ursprungliga anbudet till liv".

Minoriteten, i form av Lord Denning, ansåg att majoritetens lösning var föråldrad eftersom den byggde på avtalsmekanisk grund. Lord Denning ansåg, efter att ha redovisat för olika "*shot-lösningar*" att man istället borde låta alla dokument som utväxlats, liksom parternas handlande ingå i bedömningen, för att därefter söka tolka samman dessa faktorer. Skulle avgörande skillnader kvarstå bör domaren fylla ut parternas avtal "*by a reasonable implication*". Lord Denning kom dock till slutsatsen att det bland samtliga dokument som utväxlats fanns en faktor av avgörande betydelse, nämligen att säljaren undertecknat den orderbekräftelse som hänvisade till köparens villkor. Utfallet blev sålunda detsamma som majoritetens.

Majoriteten tillämpar en avtalsmekanisk syn, där varje hänvisning till standardvillkor ses som avslag av motpartens villkor i förening med ett nytt anbud. Engelsk avtalsrätt tycks dock vara mer rigid vad gäller möjligheten att återhänvisa till villkor man tidigare hänvisat till, vilket ställer ökade krav på tydlighet hos den part som först hänvisat till sina villkor. Sker inte detta med tillräcklig tydlighet anses de gamla villkoren utsläckade. Rättens resonemang kan av denna anledning inte beskrivas som en ren *last shot*-lösning. Snarare läggs betoningen på den först avgivna orena accepten. Göransson kallar denna lösning för en *second shot*-modell.¹²⁸

Underinstansens hänsyn till säljarens skyddsklausul vann inte gillande. Ingenting tyder dock på att skyddsklausuler ogillas per se, utan anledningen till att rätten valde att bortse från klausulen bör vara att den ingick i det anbud som hade utsläckats av den orena accepten. Hade säljaren på ett tydligare sätt hänvisat till skyddsklausulen hade den troligen kunnat få genomslag.

Lord Denning står för en friare lösningsmodell, där fokus ligger på tolkning av samtliga omständigheter. Modellen kan vid behov kompletteras med utfyllnad baserad på skälighetshänsyn. Lösningen passar väl in i den reform, i form av en friare approach till avtalsbindning och fastställande av avtalsinnehåll, som Lord Denning sökte lansera i slutet av 1970-talet. Dessa reformsträvanden anses dock ha avvisats av the House of Lords genom att de i avgörandet *Gibson v. Manchester City Council* (1978) tydligt tog avstånd från Lord Dennings resonemang, och hans lösningsmodell för kolliderande standardavtal har heller

¹²⁸ Göransson, s. 63

aldrig tillämpats av domstolarna, även om den av många författare anses som en mer lämpad lösning än den traditionella modellen.¹²⁹

Det är således den avtalsmekaniska lösningen som har status av prejudikat, och detta leder i praktiken till att lösningen av standardavtalskollisioner enligt engelsk rätt torde utmynna i bruk av en modifierad *last shot*-modell, där *the second shot* får stor betydelse. Fullgörelse ses som en konkludent accept av motpartens villkor.

Utgången i *Butler* kan tyckas missgynna säljare eftersom den typiska avtalsbindningen i tre steg med offert, order och orderbekräftelse innebär att köparens villkor går igenom om inte säljaren i orderbekräftelsen bifogar samtliga villkor på nytt. Om orderbekräftelsen på ett tydligt sätt återhänvisar till de villkor som återopats i offerten torde dock även köparens passiva mottagande av en vara kunna ses som en konkludent accept av säljarens villkor, vilket skulle innebära en mer klassisk tillämpning av *last shot*-modellen.

6.2.2 Doktrin

Att betrakta varje bifogande av villkor som en oren accept som blir bindande genom motpartens passivitet har i doktrinen ansetts svårt att förena med *Felthouse v. Bindley* (1862).¹³⁰ Detta avgörande anger att en part utåt, antingen genom ord eller genom handlingar, måste visa sin vilja att bli bunden av motpartens anbud för att en accept skall föreligga. Tystnad anses inte utgöra samtycke. Andra författare anser att den valda lösningsmodellen är kompatibel med detta avgörande eftersom den förutsätter en konkludent accept i form av agerande i någon form.¹³¹ Utgången i *Butler* har även kritiserats för att lägga allt för stort fokus på parternas kommunikation, och inte tillmätt deras agerande samma vikt.¹³²

Atiyah analyserar fallet enligt följande:¹³³ Parterna hade egentligen aldrig enats om villkoren för köpet, men trots det agerat som om de slutit ett avtal, ett vanligt beteende som inte anbud-accept modellen kan handskas med. Att domstolen valde att lösa konflikten som om parterna var överrens kräver att man baserar domen på en fiktion. Alternativet enligt en avtalsmekanisk modell vore att beteckna avtalet som ogiltigt. Båda dessa alternativ är otillfredsställande eftersom de inte speglar verkligheten; att parterna i och för sig är överrens om att genomföra en viss affär, men att de är oense om samtliga villkor för affären. Atiyah anser att den bästa lösningen vore att tillämpa sedvanliga villkor för köp av den aktuella egendomen, *implied terms*. Atiyah påpekar att resultatet skulle ha blivit detsamma, eftersom prisjustering inte utgör en etablerad *implied term* för avtalstypen.

Atiyah är således kritisk mot avgörandet, men anser trots detta att det är *last shot* modellen, baserad på att den part som fullgör anses acceptera de senast framlagda villkoren, som speglar det nuvarande rättsläget i England.¹³⁴

¹²⁹ Cartwright s. 109, Mc Kendrick s. 99.

¹³⁰ Furmston s. 162

¹³¹ Smith s. 40

¹³² Mc Kerninck s. 100

¹³³ Atiyah, s. 54 f.

¹³⁴ A. a. s. 54

O' Sullivan och Hilliard pekar på flera problem med den modell som valdes i *Butler*.¹³⁵ De anser att modellen har felaktigt fokus eftersom den tar alltför stor hänsyn till de villkor som infogades sist, snarare än till samtliga handlingar som utväxlats mellan parterna. Detta ger låg förutsebarhet eftersom det är svårt för parterna själva att söka avgöra vilken rättshandling som skall anses utgöra *the last shot*. Författarna anser dessutom att hela den engelska avtalsbindningsmodellen bygger på felaktig grund, eftersom anbud-accept modellen inte kan hantera alla problem som uppstår. Författarna förespråkar istället Lord Dennings modell, även om de erkänner att även denna leder till ett oförutsägbart resultat – parterna måste i praktiken gå till domstol för att få sina mellanhavanden reglerade.

En viktig aspekt av deras kritik är att de anser att utgången i *Butler* -målet baseras på synen på avtalsförhandlingar som en kamp mellan fiender, där den ene slutligen står som fullständig segrare, och den andre förlorar allt. Detta rimmar illa med det ökade fokus på lojalitet, *good faith*, som under senare tid fått ökat inflytande i engelsk rätt.

Vissa författare har lanserat egna lösningsmodeller. Jacobs anser att synen på en parts standardavtal som ett oupplösligt paket är felaktig, och förespråkar klausulupplösning. De villkor som parterna fortfarande är oense om skall lösas genom tolkning och utfyllnad. Jacobs anser att visst företräde vid tolkningen borde ges åt säljarens villkor. Detta eftersom denne i sin prissättning är beroende av att kunna reglera sitt felansvar.¹³⁶

6.2.3 Sammanfattning

En prognos rörande det engelska rättsläget måste rimligen utmynna i att en lösning baserad på avtalsmekanisk grund skulle komma att tillämpas. Eftersom fullgörelse av ett avtal ses som konkludent accept torde utgången bli att den part som fullgör anses acceptera motpartens villkor. Någon renodlad *last shot* modell är det dock inte fråga om. Principen från *Trollope & Colls Ltd. v. Atomic Power Constructors Ltd. (1962)*, att en oren accept "dödar" anbudet medför att villkor som en gång återopats måste inkorporeras på ett särskilt tydligt sätt för att kunna tillämpas. Den engelska lösningen gynnar således den part som avgivit den första orena accepten, förutsatt att denna följs av motpartens fullgörelse.

Eftersom lösningarna baseras på avtalsbindningsmekanismer finns ingen möjlighet att tillämpa klausulupplösning. Endast en av parterna har avgett det anbud som anses accepterat via konkludent handlande. Detta medför att domstolarna torde vara obenägna till sammanjämkning i någon form.

Lösningarna är en konsekvens av den engelska avtalsrättens formbundenhet vid en viss avtalsbindningsmekanism. Att dessa lösningar speglar rättsläget kan tyckas en smula förlegat, men detta är en oundviklig konsekvens av den höga status prejudikat har i England. Den mer mångsidiga analys som Lord Denning presenterade i *Butler* anses avvisad av högsta instans eftersom de allmänna avtalsrättsliga reformer han önskat genomföra inte vann gehör. En förändring av praxis kring standardavtalskollisioner torde därmed förutsätta en reform av hela

¹³⁵ O'Sullivan/Hilliard s. 53 f.

¹³⁶ Jacobs s. 314 f.

avtalsrätten genom *the House of Lords* försorg. Även de författare som kritiserar avgörandet i *Butler* tycks anse att lösningen i och för sig speglar rättsläget.

6.3 Tyskland

Den tyska civilrätten är föremål för omfattande kodifiering, där *Bürgerliches Gesetzbuch* ("BGB") utgör det mest omfattande lagverket. Tysk civilrätt innehåller ungefär samma regler om avtalsslut som den svenska. Löftesprincipen tillämpas vilket innebär att ett anbud är bindande.¹³⁷ Enligt § 150 (2) BGB utgör en oren accept avslag i förening med nytt anbud.¹³⁸

Enligt äldre tysk praxis ansågs *last shot*-modellen gälla. Ett mottagande av en vara utan reklamation mot säljarens villkor ansågs utgöra en accept av dessa villkor.¹³⁹ Eftersom denna modell tenderar att gynna säljaren börjad köpare infoga en skyddsklausul, *abwehrklausul*, i sina standardvillkor.¹⁴⁰ Dessa klausuler har accepterats av domstolarna, även om en mer nyanserad bedömning på senare år har lett till att de tappat i betydelse.

Modern tysk praxis visar på ett interventionistiskt synsätt där rätten, motiverat av att problemet orsakats av att båda parter varit försumliga, har valt att bortse från de klausuler parterna inte är överrens om och istället valt att tillämpa dispositiv rätt.

Avgörandet från *Oberlandsgericht Köln*, RBKR 1980, 270, är visserligen inte ett avgörande från högsta instans men rättens resonemang är mycket intressant eftersom det visar på den interventionistiska inställningen hos tyska domstolar. Slutsatserna i avgörandet har senare bekräftats av den tyska högsta domstolen, *Bundesgerichtshof*.

Avgörandet rörde skadeståndskrav för utebliven fullgörelse. Svaranden hade sänt kändanden en order som refererade till svarandens standardvillkor, vilka även hade bifogats till ordern. Kändanden hade bekräftat ordern med en orderbekräftelse som refererade till dennes, avvikande, standardvillkor. Svaranden tog därefter emot varan utan att reklamera.

Rätten framhöll att såväl kändanden som svaranden genom att bifoga sina villkor gjort klart att de inte ville bli bundna av andra villkor än deras egna. Att svaranden inte reklamerat mot kändandens villkor kunde därför inte ses som en accept. Inte heller mottagandet av varan ville rätten betrakta som en accept av motpartens standardvillkor.

Rätten betonade att *last shot* modellen, baserad på att fullgörelse tolkas som en accept, strider mot den tyska principen om att passivitet inte skall leda till bundenhet. Rätten förde ett resonemang baserat på praxis i affärslivet och betonade även att *last shot* principen inte är förenlig med ett modernt sätt att göra affärer. Detta eftersom de flesta parter inte vill riskera att en affär skall utebli, något som kan bli följden av att man stöter sig med motparten genom att bråka kring det finstilla. Problemet är således att någon egentlig enighet aldrig har förelegat, något båda parter är fullt medvetna om. Att ta emot en vara utan reklamation är inte så mycket en accept av motpartens villkor, som en vilja att ignorera konflikten i syfte att upprätthålla avtalet. Såväl den part som levererar som den som tar emot varan vet att man

¹³⁷ Adlercreutz/Dahlström s. 16

¹³⁸ Markensinis m.fl. s. 61

¹³⁹ Marsh s. 78

¹⁴⁰ Markensinis m.fl. s. 61

egentligen inte är överrens, och rätten ansåg att det därför var dags att upphöra med alla förvirrande distinktioner och istället låta de delar av avtalen som avviker falla bort. Eftersom parterna båda valt att hålla fast vid avtalet genom att fullgöra, bör de dock inte kunna komma ur de delar av avtalet som är gemensamma. Övrigt avtalsinnehåll skall hämtas från dispositiv rätt.

I avgörandet BGH 20 March 1985 (NJW 1985.1838) valde *Bundesgerichtshof* att bekräfta det ovan redovisande avgörandet genom att åter bortse från andra villkor än de gemensamma, och låta dispositiv rätt fylla ut luckorna.

Omständigheterna i avgörandet var att en ugnstillverkare hade beställt ugnsklockor från en leverantör. Den ordersedel som tillverkaren använde hade standardvillkor tryckta på baksidan. Standardvillkoren innehöll bl.a. en integrationsklausul med krav på skriftform för ändringar eller tillägg, samt en klausul som angav att en leverans skulle betraktas som att leverantören godkände villkoren. Detta godkännande skulle även gälla framtida mellanhavanden; även framtida affärer parterna emellan skulle regleras av villkoren oavsett om referens skulle genomföras eller ej.

Tillverkaren lade därefter en ny order, vilken leverantören bekräftade i en skrivelse som hänvisade till de standardvillkor leverantören tillämpade. Även dessa villkor innehöll en integrationsklausul som angav skriftform för ändringar. Leverantörens villkor innehöll även ett äganderättsförbehåll som gick längre än dispositiv rätt.

Tillverkaren fick, efter att ha monterat in ett stort antal klockor i ugnarna, ekonomiska problem och gick snart i konkurs. Leverantören önskade få skydd för sin köpeskillingsfordran genom att med stöd av det utökade äganderättsförbehållet hävda äganderätt till de klockor som monterats in i ugnarna. Att detta förbehåll skulle vara giltigt avvisades dock av rätten, som lade vikt vid den skyddsklausul som återfanns i tillverkarens ursprungliga ordersedel. Denna ansågs utesluta att tillverkaren skulle bli bunden genom endast ett passivt mottagande av varan. Leverantören ansågs dock inte för denna skull heller ha godtagit tillverkarens villkor.

Ett avtal förelåg dock, men endast på de villkor som var gemensamma. Sådana klausuler som inte var gemensamma ansågs inte utgöra avtalsinnehåll och där valde domstolen att tillämpa dispositiv rätt. Det utvidgade ägarförbehållet kunde därför inte tillämpas.

Avgörandet bekräftar 1980 års dom från *Oberlandesgericht* i Köln eftersom lösningen blev att tillämpa klausulupplösning kombinerat med dispositiv rätt, snarare än att söka lösningen i konkludenta accepter eller via traditionell tolkning. Betydelsen av skyddsklausuler som en varningsflagga betonas. Domstolen gav dock inte skyddsklausulen fullt genomslag eftersom leverantören annars hade blivit bunden av bolagets villkor. Även leverantörens översändande av sina villkor betraktades som en reklamation.

Tysk rätt har således frångått *last shot* lösningen för en metod som kan sägas vara ägnad att ta hänsyn till de praktiska orsakerna till problemet. Höga krav ställs på vad som kan anses

utgöra en konkludent accept, vilket leder till att de villkor som inte är gemensamma ersätts med dispositiv rätt.¹⁴¹

Där *last shot* doktrinen analyserar parternas beteende för att finna accepter kan denna modell sägas söka finna reklamationer, en metod som kan beskrivas som mer nyanserad eftersom den leder till sammanjämkning eller tillämpning av dispositiv rätt snarare än till att ena parten vinner och den andre förlorar. Doktrinen benämner denna metod som mer realistisk.¹⁴²

Kombinationen av att parterna inte kan komma ur avtalet och att rätten väljer att tillämpa dispositiv rätt beskrivs dock även som bekymmersam vad gäller vissa klausuler. Markensis ger ett exempel:¹⁴³ Österrikes högsta domstol underkände i en standardavtalskollision mellan en tysk och en österrikisk part tillämpningen av båda parterers klausuler rörande tillämplig lag och jurisdiktion, till förmån för dispositiv rätt.¹⁴⁴ När båda inblandade parterers rättssystem följer samma princip för lösning av standardavtalskollisioner är denna situation oproblematisk. En situation med en engelsk säljare och en tysk köpare blir dock mer problematisk. Om båda parter lagt in sina hemländer i sina lagvalsklausuler och den tyska parten fått sista ordet genom att i sin accept hänvisa till sina villkor, varefter engelsmannen levererat, skulle leda till att ingen domstol skulle vara kompetent att slita en tvist parterna emellan. En engelsk domstol skulle upprätthålla den tyska jurisdiktionsklausulen med stöd av *last shot* modellen, varpå en tysk domstol skulle tillämpa dispositiv rätt och således finna engelska domstolar behöriga via Romkonventionen.

Rättens resonemang i 1980 års avgörande rörande de realiteter som ligger bakom uppkomsten av problemet måste anses som ovanligt för den som är van att studera svensk praxis. Resonemanget utmanar hela den presumtion, att parterna får anses känna till innehållet i såväl ingångna avtal som bakgrundsrätt, som måste anses grundläggande för hela rättssystemet. Dessutom sanktionerar inte rätten att de parter som känt till motpartens villkor och inte velat bli bundna av dessa har valt bort möjligheten att reklamera. Även om det är positivt med hänsyn till en föränderlig verklighet måste det anses som ofördelaktigt att helt ignorera grundläggande principer om reklamationsplikt och passivitet. Affärslivet tycks här dra upp ramarna för rättslivet snarare än tvärtom.

Den tyska lösningen, att tillämpa klausulupplösning i kombination med dispositiv rätt måste dock anses förutsebar. När parterna vet att dispositiv rätt tillämpas borde de ägna avtalsförhandlingarna större uppmärksamhet, detta eftersom dispositiv rätt ofta avviker från marknadsmässiga lösningar. Genom att välja dispositiv rätt, som måste anses stå för en balanserad avvägning, riskerar inte heller någon av parterna att gynnas på den andres bekostnad.

¹⁴¹ Marsh s. 79

¹⁴² Beale m.fl. s. 235

¹⁴³ Markensis m.fl. s. 62 f.

¹⁴⁴ Oberster Gerichtshof, OGH 14. November 1990, IPRax 1991, 419, Nr. 66

7.1 En lämplig lösning – förutsebarhet eller respekt för partsviljan?

I avsnitt 4.2 ovan redovisades den inneboende konflikt som råder mellan regler som syftar till prevention och förutsebarhet och sådana regler som är ägnade att ge så gott genomslag åt partsviljan som möjligt. Standardavtalskollisioner är en intressant fråga framför allt eftersom hänsynen till dessa ändamål tydligt skiner igenom i de olika lösningsmodellerna. Antingen väljer man en lösning som tydligt ger upphov till en viss regel, exempelvis en *shot*-modell, eller söker man genom en partscentrerad tolkning och utfyllnad ge varje situation den korrekta lösningen utifrån situationen i det enskilda fallet.

De lösningar som i avsnitt 5.5 ovan pekas ut som de troligaste prognoserna vad gäller det svenska rättsläget, *last shot* modellen samt fri tolkning och utfyllnad, är tydliga representanter för hänsyn till dessa bakomliggande ändamål.

Last shot modellen kan te sig godtycklig eftersom den låter en viss faktor bli utslagsgivande även när parterna kan ha lagt större vikt vid andra faktorer. Det är inte ens säkert att parterna ens är medvetna om att deras villkor är oförenliga. När denna lösning skall förankras teoretiskt har den kritiserats för att bygga på resonemang som beskrivs som rena fiktioner.

Eftersom modellen ger upphov till en tydlig regel som ger möjlighet att förutse en utgång av en framtida tvist ger den dock incitament till parterna att bete sig på ett sätt som motverkar att tvister uppkommer. Genom att ge genomslag åt en viss, i och för sig godtycklig, lösning kan parterna tvingas till medvetenhet om problematiken, vilket förhoppningsvis leder till att problemet uppstår mer sällan. Så länge båda parter är medvetna om regelns existens och därmed tar med dess konsekvenser i ett beslutsunderlag kan således även en regel som kan betraktas som godtycklig vara nyttig. Traditionsprincipen betraktas troligen som orättvis och godtycklig av personer som tvingats acceptera att betald egendom som de förvärvat bytas ut mot en oprioriterad fordran på grund av säljarens konkurs. Fördelarna med traditionsprincipen har dock ansetts större än nackdelarna, och principens genomslag torde till viss del hänga samman med dess drastiska konsekvenser för vissa aktörer.

Enligt min mening underlättar förutsebara regler i allmänhet snabba och smidiga avtalsslut, detta eftersom parterna ges incitament att tillämpa olika säkerhetsmekanismer när rättsläget är oklart. Göransson påpekar dock att den ökade omsorg vid avtalsslutet som en godtycklig och förutsebar regel söker ge incitament till riskerar att vrida utvecklingen bakåt på andra områden. Standardavtal syftar bland annat till att underlätta snabba och friktionsfria avtalsslut. Krav på ökad omsorg vid avtalsslutet riskerar att omintetgöra dessa fördelar.¹⁴⁵ En av de stora nackdelarna med *last shot*-modellen är att den ger incitament att aldrig avsluta förhandlingsstadiet.¹⁴⁶

Problemet med hela det ovanstående resonemanget är dock att man inte kan förutsätta att en viss regel får fullt genomslag. En tillämpning av *last shot*-modellen, oavsett om detta baseras

¹⁴⁵ Göransson, s. 142

¹⁴⁶ A.a. s. 138

på avtalsmekanisk grund eller på lojalitetshänsyn, drabbar en part som tappar målet extra hårt. Hänsyn till dennes partsvilja medges överhuvudtaget inte, och denne tvingas även acceptera att motparten ensam ges rätt att diktera villkoren.

Att laborera med ond eller god tro kan i teorin ge en mer tilltalande lösning. Endast en part som bifogat sina villkor i god tro skall tillåtas vinna via en tillämpning av *last shot*-modellen, vilket både ger regeln det genomslag som krävs för att verka handlingsdirigerande, men samtidigt inte uppmuntrar till spekulation. Eftersom det torde vara mycket svårt att styrka ond tro i dessa sammanhang kan resultatet bli att en mer påläst part ges incitament att driva igenom sina villkor genom att vagga in motparten i falsk trygghet, samtidigt som en mer utdragen process ger högre kostnader för tvistlösning.

Last shot modellen har ur ett principiellt perspektiv kritiserats för att vara baserad på en fiktion, nämligen att fullgörelse ses som uttryck för en parts vilja att binda sig. Att så skulle vara fallet torde också i och för sig vara sällsynt eftersom den fullgörande parten tvärtom har gett uttryck för en avvikande uppfattning genom att hänvisa till sina egna villkor.

Det kan dock inte ses som orimligt att någon form av ansvar läggs på parterna. Att under en avtalsförhandling tydligt reklamera mot villkor man inte vill bli bunden av kan motiveras med kravet på hänsyn till motparten. Håstads resonemang i NJA 2006 s. 638, där reklamationsregeln i lagen om handelsagentur 21 § pekas ut som en allmän rättsgrundsats kan beskrivas som ett riskfördelningsresonemang. Den part som har störst möjligheter att undvika att oklarheter uppstår har större skyldigheter att motverka att misstag uppstår. Vad gäller standardavtalskollisioner måste denna part anses vara den som har att ta del av de villkor som lagts fram närmast före fullgörelsen. Att alla villkor skulle studeras innan fullgörelse sker torde i och för sig vara en fiktion, men i så fall får den part som försummat att ta del av villkoren bära risken för denna försummelse.

Att låta en reklamationsskyldighet snarare än resonemang kring realhandlande som uttryck för partsvilja rättfärdiga en tillämpning av det sist inkorporerade villkoren torde ha större utsikter att vinna acceptans hos parterna eftersom utgången i så fall kommer att rättfärdigas av en underlåtenhet snarare än av ett begrepp, konkludent accept, som parterna ofta inte torde kunna relatera till. Det incitament som ges är att noggrant studera ett avtal innan man slutligen binder sig, vilket torde anses som en tanke som är förankrad i samhället.

Att lösa problemet genom att tillämpa fri tolkning och utfyllnad kan inte sägas ge vare sig en preventiv effekt eller en god förutsebarhet eftersom resultatet baseras på situationen i det enskilda fallet. Eftersom fokus kan läggas på sådana faktorer som parterna tagit fasta på, snarare än på en viss förutbestämd faktor, torde parterna dock uppleva att konflikten får en mer rättvis lösning.

Ett grundproblem med standardavtalskollisioner som komplicerar hela tanken på förutsebarhet och handlingsdirigering är att konflikten typiskt sett är ett resultat av okunskap och slentrian, eller av en motvilja mot att störa en affärsförbindelse med motparten. Handlingsdirigerande normer är ett föga effektivt vapen mot dessa faktorer eftersom parterna

antingen är omedvetna om problematiken, eller medvetet väljer att låta framtida osäkerhet gå före en försämring av affärsrelationen.

Handlingsdirigerande normer uppnår mot denna bakgrund ett resultat som kan betraktas som materiellt otillfredsställande, utan att de positiva effekterna uppnås. Innan en viss lösning blir allmänt känd – vilket kan ta tid med tanke på att frågan aldrig behandlats offentligt genom de allmänna domstolarna – riskerar tillämpningen av en *last shot* modell att helt enkelt offra vissa parter baserat på att motparten haft turen att hänvisa till sina villkor vid en viss tidpunkt.

Lehrberg anser att parternas ansträngningar att både få med sina egna villkor och bli av med motpartens i ett system byggt på handlingsdirigerande normer nog kostar mer än det smakar eftersom det skulle leda till ett försvårande av avtalsslutet. De praktiska konsekvenserna av standardavtalskollisioner är få, och domstolarna bör kanske lägga krutet på materiell rättvisa i de få fall som kan tänkas uppkomma.¹⁴⁷

Att låta domstol eller skiljenämnd slita tvisten efter fritt skön enligt den fria tolkningens metod är således en tilltalande lösning ur ett rättviseperspektiv. Eftersom själva proceduren är allt annat än godtycklig ges båda parter möjlighet att utveckla samtliga argument som de anser talar till sin fördel. Denna lösning riskerar dock att verka konfliktskapande snarare än konfliktlösande. Processerna blir väsentligt mer omfattande när tvisten inte fokuserar på en viss fråga och parternas incitament till förlikning torde vara begränsad när man i förväg inte kan göra en prognos av vem som kommer att tappa målet. Bernitz utpekar att en klar och förutsebar regel har ett egenvärde på området, just eftersom osäkerheten annars blir betydande och skiljeförfaranden är tidskrävande och kostsamma.¹⁴⁸

Göransson anser att försöken att med hjälp av ändamålsskäl finna en lösning på problemet leder till ofullkomliga resultat, detta eftersom motstående intressen korsas i så hög grad att samtliga lösningar ter sig olämpliga.¹⁴⁹ Slutsatsen måste bli att svaret på frågan vad som utgör en lämplig lösning är beroende av vilket ändamål som man anser viktigast; att tillgodose att partsviljan ges så gott genomslag som möjligt eller att skapa en klar och förutsebar regel. Beroende på svaret på denna fråga finns två lösningsmodeller som enligt min åsikt passar in i den befintliga avtalsrätten, nämligen *the last shot*, som tar tillvara behovet av förutsebarhet, samt den fria tolkningen och utfyllnaden, som tar tillvara respekten för partsviljan.

Båda de ovanstående lösningarna tar dock begränsad hänsyn till att problemet med kolliderande standardavtal har vissa särdrag. Om man bortser från de fall där ena parten utnyttjat den andre partens villfarelse är problemet en produkt av okunskap, en önskan om att hålla sig väl med motparten och ibland kanske rena chansningar. Båda parter kan därför sägas ha varit försumliga i någon mån. Av denna anledning är det enligt min åsikt mindre lämpligt att inrikta lösningen på att hitta en syndabock. Såväl *last shot* modellen, som den fria tolkningen och utfyllnaden har som mål att en av parternas villkor skall vinna tillämpning, vilket innebär att den andre parten inte endast helt förlorar inflytande över avtalet utan även tvingas acceptera att motparten ensam dikterar villkoren.

¹⁴⁷ Lehrberg s. 68 f.

¹⁴⁸ Bernitz, JT 1989/90 s. 363

¹⁴⁹ Göransson s. 143

Ett alternativ till helt fri tolkning och utfyllnad är att tillämpa en metod som kombinerar traditionella objektiva tolkningsmetoder med en särskild hänsyn till situationen, där fokus ligger på att jämka samman villkoren, snarare än att avgöra vem som skall få rätt.

På detta sätt vinner eller förlorar ingen av parterna hela tvisten. Standardvillkoren ses inte som ett ouplösligt paket, utan rätten kan tillåtas bygga ett nytt avtal av olika klausuler i de bägge avtalen. Analysen kan inriktas på objektiva faktorer som gynnar skäliga villkor, exempelvis olika klausulers skälighet i förhållande till handelsbruk, dispositiv rätt och olika *agreed documents*. Detta torde leda till att faktorer som inte har med parterna eller deras avtal att göra får en stor betydelse. Branschanpassade normallösningar och ändamålsskäl blir viktigare än parternas beteende.

Genom att fokus läggs på sammanjämkning snarare än på att avgöra vem av parterna som vinner eller förlorar hela tvisten torde resultatet bli mer godtagbart för båda parter än resultatet av en traditionell tolkning och utfyllnad.

Denna lösning passar dock inte in i den nuvarande svenska rätten. Detta eftersom traditionell tolkning närmast förutsätter att man ser villkoren hos vardera parten som helheter, eftersom fokus ligger på att söka omständigheter som får vågskålen att väger över till ena partens fördel. En part kan därför antingen vinna helt eller förlora helt. Att en svensk domstol skulle föra ett interventionistiskt resonemang, likt *Oberlandesgericht* i Köln i 1980 års avgörande (se avsnitt 6.3 ovan), tycks för mig osannolikt. En anledning till detta torde vara att rätten är bunden av parternas yrkanden, och få parter torde yrka på en seger endast delvis.

Domstolen får visserligen inte döma över annat eller mera än vad en part har yrkat, men det är dock möjligt att medge yrkanden endast delvis, och även att fördela rättegångskostnaderna så att vardera parten bär sina egna kostnader. Det kan dock inte anses som sannolikt att en domstol på eget bevåg skulle bryta med den traditionella strukturen och öppet jämka samman parternas respektive talan till en jämviktslösning.

8 Källor

8.1 Rättsfall

8.1.1 Högsta domstolen

NJA 1916 s. 583

NJA 1946 s. 122

NJA 1948 s. 620

NJA 1961 s. 658

NJA 1962 s. 276

NJA 1970 s. 478

NJA 1977 s. 92

NJA 1978 s. 432

NJA 1979 s. 483

NJA 1979 s. 666

NJA 1980 s. 46

NJA 2006 s. 638

NJA 2007 s. 86

8.1.2 Hovrätter

ND 1980 s. 1

Hovrätten för Västra Sverige, avd. 6, 7 mars 1985 (Ö 765/84)

8.1.3 England

Felthouse v. Bindley (1862)

Trollope & Colls Ltd. v. Atomic Power Constructions Ltd. (1962)

B.R.S v. Arthur V. Crutchley Ltd (1967)

Gibson v. Manchester City Council (1978)

Butler Machine Tool Co. Ltd. V. Ex-cell-O Corpn. (England) Ltd. (1979)

8.1.4 Tyskland

BGH 20 Mars 1985, NJW 1985.1838

Oberlandsgericht Köln, RBKR 1980,270

8.1.5 Österrike

Oberster Gerichtshof, OGH 14. November 1990, IPRax 1991, 419, Nr. 66

8.2 Litteratur

Adlercreutz, A., *Avtalsrätt I*, 11 uppl., 2000 (Cit: Adlercreutz I)

Adlercreutz, A., *Avtalsrätt II*, 5 uppl., 2004 (Cit: Adlercreutz II)

Adlercreutz, A., Dahlström, L.H., *Introduktion till komparativ och internationell avtalsrätt*, 2 uppl., 2003 (Cit: Adlercreutz/Dahlström)

Atiyah, P.S., Smith, S.A., *An Introduction to the Law of Contract*, 6 uppl., 2005

Beale, H., Hartkamp, A., Kötz, H., Tallon, D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2002

Bergström, M., Kolrud, H.J., Kortekangas, M., Kriström, B., Schultz, H., *Kommentar till NL 01*, 2003 (Cit: Bergström m.fl.)

Bernitz, U., *Recensioner: Ulf Göransson Kolliderande standardavtal*, JT 1989/90 s. 361 - 364

Bernitz, U., *Standardavtalsrätt*, 6 uppl., 1993 (Cit: Bernitz)

Bernitz, U., *Standardavtalen i rättstillämpningen*, SvJT 1972 s.401 - 455

Cartwright, J., *Contract Law – An Introduction to the English law of Contract for the Civil Lawyer*, 2007

Dahlman, C., Glader, M., Reidhav, D., *Rättsekonomi En Introduktion*, 2 uppl., 2004 (Cit: Dahlman m.fl.)

Ekelöf, P.O., Edelstam, H., *Rättegång I*, 8 uppl., 2002

Furmston, M.P., *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12 uppl, 1991

Gorton, L., *Shipping and Contracting*, 1983

Grönfors, K., *Avtalsgrundande rättsfakta*, 1993

Göransson, U., *Kolliderande standardavtal*, 1988

Hedwall, M., *Tolkning av kommersiella avtal*, 2 uppl., 2004

Hellner, J., *Kommersiell avtalsrätt*, 4 uppl., 1993 (Cit: Hellner)

Hellner, J., *Standardavtal vid avtalsslutande*, FJFT 1979 s. 281-300

Hultmark, C., *Internationaliseringen av svensk avtalsrätt – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, JT 1995-96, s. 655 – 699

- Håstad, T., *Reformering af de nordiske aftalsloverne*, NJM 1990 s. 245 – 284 (Cit: Håstad NJM 1990)
- Håstad, T., *Den nya köprätten*, 5 uppl., 2003 (Cit: Håstad)
- Jacobs, E.J., *The Battle of the Forms: Standard term contracts in comparative perspective*, 34 *ICLQ*, 1985, s. 297 -316
- Karlgren, H., *Kutym och rättsregel*, 1960
- Krüger, K., *Norsk kontraktsrett*, 2 uppl., 1991
- Lehrberg, B., *Avtalstolkning*, 4 uppl., 2005
- Letterman, G.G., *UNIDROIT's Rules in Practice*, 2001
- Lindell, B., *Civilprocessen*, 2 uppl., 2003
- Maculay, S., *Non-Contractual Relations in Business*, ur Lag, samhälle, individ; en antologi i rättssociologi, s. 179-196, 1972
- Markensinis, B.S., Lorentz, W., Dannemann, G., *The German Law of Obligations, Volume I*, 1997 (Cit: Markensinis m.fl.)
- Marsh, P.D.V., *Comparative Contract Law, England, France, Germany*, 1994
- Mc Kendrick, E., *Contract Law*, 2 uppl, 2005.
- Nordin, S., *Det politiska tänkandets historia*, 1999
- O' Sullivan, J., Hilliard, J., *The Law of Contract*, 2004
- Olsson, C., *Verkan av avtalsklausuler i standardformulär*, 21 NJM 1957, Bilaga VI, 1957
- Pålsson, L., *Romkonventionen*, 1998.
- Ramberg, C., *Mot en gemensam europeisk civillagstiftning*, SvJT 2004 s. 459-474
- Ramberg, J., *Standardavtal*, 1995 (Cit: Ramberg Standardavtal)
- Ramberg, J., *Standardavtal och avtalsinnehåll*, ur *Avtalslagen 90 år*, 2005.
- Ramberg, J., Herre, J., *Internationella köplagen (CISG) En kommentar*, 2 uppl. 2001. (Cit: Ramberg/Herre)
- Ramberg, J., Nielsen, T.R., *Kommentar till Nordiskt Speditörsförbunds allmänna bestämmelser NSAB 2000*, 1998.
- Ramberg, J., Ramberg, C., *Allmän avtalsrätt*, 7 uppl., 2007 (Cit: Ramberg/Ramberg)
- Rodhe, K., *Allmän privaträtt – avtalsrätt – obligationsrätt*, SvJT 1971 s. 175 - 188

Smith, J.C., *The Law of Contract*, 4 uppl., 2002

Simmonds, N.E., *Juridiska principfrågor*, 1988

Strömberg, T., *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*, 3:e uppl., 1989

UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*, 1994. (Cit: UNIDROIT Kommentaren)

Wilhelmsson, Diverse författare, *Towards a European Civil Code*, 3 uppl., 2004